



Globalização e alterações constitucionais

Jefferson Lima de Souza

Orientador: Prof. Doutor Carlos Blanco de Moraes

Mestrado em Direito e Ciência Jurídica
(Especialidade Direito Constitucional)

Lisboa

2020

JEFFERSON LIMA DE SOUZA

GLOBALIZAÇÃO E ALTERAÇÕES CONSTITUCIONAIS

MESTRADO EM DIREITO E CIÊNCIA JURÍDICA

(Direito Constitucional)

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, especialidade Direito Constitucional, sob a orientação do Prof. Doutor Carlos Blanco de Moraes.

Lisboa

2020

Resumo

A globalização é um fenômeno multidimensional que tem, por meio de alterações constitucionais, redefinido o papel do Estado. Em particular, a globalização política caracteriza-se pela união de Estados em blocos plurinacionais e pelo desenvolvimento de um sistema universal de direitos humanos. Por sua vez, a globalização econômica relaciona-se com o neoliberalismo e com a difusão de um poder econômico transnacional.

Este trabalho procura explorar a relação dessas dimensões da globalização com a transformação do modelo de constitucionalismo centrado no Estado para um constitucionalismo cosmopolita multinível, bem como com a introdução, no modelo do constitucionalismo social, dos fundamentos econômicos neoliberais.

Os objetivos específicos são: analisar como a globalização induz alterações constitucionais em ordenamentos alinhados ao constitucionalismo social; examinar a legitimidade dessas alterações constitucionais à luz das cláusulas pétreas e da identidade constitucional; e averiguar como a globalização influencia a elaboração de novas Constituições.

O trabalho é dividido em seis capítulos. Os capítulos 2 e 3 cuidam de questões conceituais sobre a trajetória histórica do Estado e do constitucionalismo, do paradigma liberal ao pós-social, bem como da sistematização das alterações constitucionais expressas e implícitas. O capítulo 4 estuda a relação da globalização com as mutações informais e com as emendas constitucionais. O capítulo 5 cuida da relação entre a globalização e a elaboração de novas Constituições.

Entre as conclusões, verificou-se que a análise das influências da globalização difere quando se trata de mutações informais ou de emendas constitucionais. No primeiro caso, as principais questões relacionam-se com a legitimidade das alterações que ocorrem à revelia da deliberação do legislador constitucional. No que concerne às emendas constitucionais, o que se põe em causa é a validade das alterações em face dos limites materiais e da identidade constitucional. Por fim, sustentou-se que a globalização impõe restrições de natureza extrajurídica ao exercício do poder constituinte.

Palavras-chave: constitucionalismo social, regionalização, direitos humanos, neoliberalismo, limites materiais.

Abstract

Globalization is a multidimensional phenomenon that has, through constitutional changes, redefined the role of the State. In particular, political globalization is characterized by the union of states in supranational or international organizations and by the development of a universal human rights system. In turn, economic globalization is related to neoliberalism and the spread of transnational economic power.

This paper seeks to explore the relationship of globalization to the transformation of constitutionalism, from a model based in a national level to multilevel cosmopolitan constitutionalism, as well as to the introduction, in the model of social constitutionalism, of neoliberal economic ideas.

As specific objectives it intends to analyze how globalization induces constitutional changes in legal orders associated with social constitutionalism; to examine the legitimacy of these constitutional changes against eternity clauses and constitutional identity; and to find out how globalization influences the preparation of new constitutions.

The research is divided into six chapters. Chapters 2 and 3 deal with conceptual questions about the historical development of State and constitutionalism, from liberal to post-social paradigm, as well as the systematization of explicit and implicit constitutional changes. Chapter 4 studies the relationship between globalization and constitutional mutations and constitutional amendments. Chapter 5 examines the relationship between globalization and new constitutions.

Among the conclusions, it was found that the analysis of the influences of globalization differs when it comes to constitutional mutations or constitutional amendments. In the first case, the main issues are related to the legitimacy of changes that occur without explicit constitutional amendments. When it refers to constitutional amendments, it is important to analyze the validity of changes against eternity clauses and constitutional identity. Finally, it was argued that globalization imposes extra-legal restrictions on the exercise of constituent power.

Keywords: social constitutionalism, regionalization, human rights, neoliberalism, eternity clauses.

Siglas e Abreviaturas

ampl.	-	ampliada
art.	-	artigo
atual.	-	atualizada
CDFUE	-	Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia
CEDH	-	Convenção Europeia dos Direitos do Homem
cfr.	-	conforme, confira
coord.	-	coordenador, coordenação
CRFB	-	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
CRP	-	Constituição da República Portuguesa de 1976
DUDH	-	Declaração Universal dos Direitos Humanos (dos Direitos do Homem)
DUE	-	Direito da União Europeia
EC	-	emenda constitucional
ed.	-	edição
<i>et al.</i>	-	et alii (e outros)
HC	-	habeas corpus
<i>Ibid.</i>	-	ibidem (mesma obra em sequência)
<i>Id.</i>	-	idem (mesmo autor em sequência)
nº, n.	-	número
<i>op. cit.</i>	-	<i>opus citatum</i> (obra citada)
org.	-	organizador, organização
p., pp.	-	página, páginas
RE	-	recurso extraordinário
rev.	-	revista, revisada
ss	-	seguintes
STF	-	Supremo Tribunal Federal
TCE	-	Tribunal Constitucional Espanhol
TCP	-	Tribunal Constitucional Português
TEDH	-	Tribunal Europeu dos Direitos do Homem
TFUE	-	Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia
TJUE	-	Tribunal de Justiça da União Europeia
UE	-	União Europeia
v.	-	volume

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	8
1.1. Contextualização do objeto da investigação	8
1.1.1. O surgimento do constitucionalismo moderno.....	8
1.1.2. A globalização e a intensificação das relações.....	9
1.1.3. Influências da globalização no constitucionalismo	10
1.2. Metodologia, objetivos e sistematização da investigação	11
 2. TRAJETÓRIA HISTÓRICA DO ESTADO E DO CONSTITUCIONALISMO DESDE AS REVOLUÇÕES DO SÉCULO XVIII.....	 14
2.1. Considerações introdutórias	14
2.2. O surgimento e a crise do paradigma liberal	16
2.3. O surgimento e a crise do paradigma social.....	19
2.4. O Estado Pós-Social e o e constitucionalismo cosmopolita.....	25
2.5. Os fenômenos que vêm rearticulando o constitucionalismo	32
2.6. A globalização vista do prisma sociológico	34
 3. ALTERAÇÕES CONSTITUCIONAIS.....	39
3.1. Considerações introdutórias	39
3.2. Detalhamento sobre a tipologia das alterações parciais da Constituição	41
3.2.1. As alterações parciais expressas e suas características gerais	42
3.2.2. As alterações parciais implícitas e suas características gerais	44
3.3. Mutações informais: características gerais, fontes e limites	46
3.3.1. Mutações informais: notas sobre fontes e limites das mutações informais.....	51
3.4. Alterações constitucionais e a identidade constitucional	55
3.4.1. O conceito de identidade constitucional.....	56
3.4.1.1. A identidade constitucional na doutrina e jurisprudência alemã.....	57
3.4.1.2. A identidade constitucional no constitucionalismo norte-americano.....	60
3.4.2. A identidade constitucional portuguesa	62
3.4.3. Posição adotada sobre a identidade constitucional.....	64
3.4.4. A relação entre identidade constitucional e limites materiais	65
 4. GLOBALIZAÇÃO E ALTERAÇÕES CONSTITUCIONAIS PARCIAIS	69
4.1. Considerações introdutórias	69
4.2. Globalização e mutações informais.....	71

4.2.1. Mutações informais promovidas por meio de decisões da Justiça Constitucional e o desenvolvimento de um sistema universal de direitos humanos	72
4.2.1.1. O recurso a outros catálogos de direitos fundamentais	75
4.2.1.2. A submissão de questões prejudiciais e a articulação entre tribunais nacionais e tribunais internacionais	79
4.2.1.3. O caso da união estável entre pessoas do mesmo sexo no Brasil.....	86
4.2.1.4. O caso do casamento entre pessoas do mesmo sexo em Portugal.....	92
4.2.1.5. O caso da prisão civil do depositário infiel no Brasil	99
4.2.2. Mutações informais promovidas por meio do exercício da função legislativa	102
4.2.2.1. O caso do Programa Nacional de Desestatização no Brasil.....	105
4.2.2.2. A questão do casamento entre pessoas do mesmo sexo em Portugal	110
4.2.3. Mutações informais promovidas por meio do exercício da função executiva	111
4.3. Globalização e emendas constitucionais	115
4.3.1. A integração regional e as alterações constitucionais expressas	117
4.3.1.1. As alterações constitucionais em Portugal	118
4.3.1.2. As alterações constitucionais na Ucrânia	125
4.3.2. O neoliberalismo e as alterações constitucionais expressas	130
4.3.2.1. O paradigma prestacional de Estado e os parâmetros de controle	131
4.3.2.2. Posição adotada.....	134
4.3.2.3. As emendas constitucionais de cunho neoliberal na CRFB	136
5. GLOBALIZAÇÃO E O EXERCÍCIO DO PODER CONSTITUINTE	140
5.1. Considerações introdutórias	140
5.2. Notas sobre o desenvolvimento histórico da teoria do poder constituinte	142
5.3. Sistematização doutrinária e natureza dos limites ao poder constituinte	145
5.4. Análise dos parâmetros admitidos como limites ao poder constituinte	150
5.4.1. Limites imanentes	150
5.4.2. Limites transcendentais e limites heterônomos.....	151
5.5. A globalização econômica e o poder constituinte	154
5.6. Posição adotada.....	156
5.7. O caso da Constituição húngara de 2011	160
6. CONCLUSÃO.....	167
REFERÊNCIAS	175

1. INTRODUÇÃO

1.1. Contextualização do objeto da investigação

1.1.1. O surgimento do constitucionalismo moderno

O constitucionalismo moderno surgiu, ao final do Século XVIII, em essência, com o objetivo de limitar internamente o poder do Estado, instrumentalizado principalmente pela separação dos poderes e pelos direitos fundamentais. Buscava-se proteger os direitos individuais de liberdade em face do Estado, entre eles o de propriedade, a segurança, garantir a igualdade formal entre os indivíduos e reduzir ao mínimo a função do Estado perante a sociedade, em linha com os anseios de uma burguesia em consolidação.

A teoria do poder constituinte, servindo como suporte teórico para o surgimento do constitucionalismo, preconizava o exercício de um ato fundacional de um novo Estado pelo povo ou pela nação. A legitimidade do poder deixou de ser baseada na origem divina e passou para a Constituição.

Nesse contexto inicial, o poder constituinte originário, embora não estivesse imune a influências externas, era exercido na prática de forma realmente ilimitada. Em consequência, a Constituição voltava-se aos valores internos e não se heterovinculava a valores externos. De outra forma, o poder constituinte derivado e o legislador infraconstitucional eram limitados juridicamente pela Constituição¹.

Em essência, o Estado nacional gozava de verdadeira soberania interna e externa². Os legisladores e os governantes, enquanto agentes políticos, recebiam influência de valores externos de caráter não vinculante. Os problemas, em geral, eram locais e reclamavam soluções locais ou, quando muito, em cooperação com Estados vizinhos ou parceiros.

É importante enfatizar a característica de que, na origem do constitucionalismo, a soberania popular exercia-se primordialmente com base nos valores cultivados pelo povo, circunscrito pela ideia subjacente da nação. A relação entre a globalização e o constitucionalismo significa que as fronteiras nacionais tornaram-se

¹ A teoria do poder constituinte será desenvolvida em mais detalhes no capítulo 5.

² Essa dicotomia binária dentro/fora, que distingue a soberania estadual na ordem interna das relações externas, tem origem no modelo do Estado Moderno desenhado a partir nos Tratados de Vestfália, de 1648. Demonstrar-se-á, ao longo do trabalho, a relativização dessa distinção dentro/fora. Cfr. MEDEIROS, Rui. *A Constituição portuguesa num contexto global*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015, p. 46-47.

porosas a influências de valores externos, que passaram a alimentar o exercício da soberania popular.

1.1.2. A globalização e a intensificação das relações

A globalização, entendida como um processo histórico de “intensificação das relações sociais em escala mundial”³, tem influenciado a forma como Estado, sociedade e mercado se inter-relacionam. Embora não seja um fenômeno recente, a globalização intensificou-se, nas últimas décadas, impulsionada pelo desenvolvimento tecnológico e das telecomunicações.

O fenômeno representa, em sua essência, a propagação e a difusão, com tendência de universalização, de um modelo de organização social de um local para outros. Não se trata de um fenômeno homogêneo, tampouco facilmente descritível. Cuida-se de um fenômeno multidimensional em que suas diversas dimensões muitas vezes podem parecer contraditórias entre si. No que se refere ao tema desta investigação, as dimensões econômica e política merecem destaque.

Em relação à dimensão econômica, verifica-se que, a partir dos anos 1970, difundiu-se a teoria econômica posteriormente denominada de neoliberalismo. Era, na verdade, o retorno de um movimento pendular de modelo econômico que outrora havia sido liberal (liberalismo econômico oitocentista), em seguida intervencionista e novamente liberal, mas com novos contornos⁴.

No que tange à dimensão política, é de se destacar alguns movimentos que vêm rearticulando o constitucionalismo, a saber: a regionalização, representada pela união de Estados em blocos plurinacionais, cujo maior exemplo é a União Europeia; e o cosmopolitismo ético, decorrente do desenvolvimento de um sistema universal de direitos humanos⁵.

³ GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. Tradução Raul Fiker. São Paulo: UNESP, 1991, p. 60. Apresenta-se, inicialmente, uma primeira ideia do conceito de globalização, que será explorado mais detalhadamente no capítulo 2.

⁴ Recentes crises econômicas, como a crise norte-americana do *subprime*, em 2008, e a crise causada pelo Coronavírus, a partir de 2020 e sem os contornos ainda definidos, põem em causa o modelo econômico neoliberal, pois suscitam a intervenção do Estado na ordem econômica para socorrer agentes econômicos ou reativar a economia. Ainda não se sabe ao certo, mas é possível que a crise econômica que se formará em 2020 possa representar o momento de novo retorno do pêndulo.

⁵ Esses movimentos foram apresentados por Oscar Vilhena Vieira, mas originalmente teorizados por Boaventura de Sousa Santos. Cfr. VIEIRA, Oscar Vilhena. A globalização e o Direito: realinhamento constitucional. In: SUNDFELD, Carlos Ari; VIEIRA, Oscar Vilhena (Coord.). *Direito Global*. São Paulo, Max Limonad, 1999, p. 15-17; SANTOS, Boaventura de Sousa.

1.1.3. Influências da globalização no constitucionalismo

A comparação das características do constitucionalismo atual com as do constitucionalismo moderno permite entender as consequências das influências que as múltiplas dimensões da globalização exerceram na transformação desse modelo de organização política nesses pouco mais de dois séculos.

Em teoria, o poder constituinte originário permanece ilimitado juridicamente, mas, na prática, é inegável que limites de outras naturezas, principalmente política e econômica, moldam o exercício desse poder capaz de juridicamente fundar de um novo Estado. Assim é que não se cogita, no atual contexto ocidental, da elaboração de alguma Constituição com características contrárias a valores consolidados nesse ambiente cultural. Esse contexto ocidental de globalização que se coloca como paradigma pode ser representado, simplificada, por uma dependência econômica externa para se manter o equilíbrio econômico interno e por uma dependência política externa para se manter a legitimidade interna do exercício do poder.

O poder constituinte derivado e o legislador infraconstitucional agora submetem-se a limites jurídicos provenientes do bloco de constitucionalidade⁶ e, em alguma medida, de normas provenientes do Direito Internacional, com destaque especial para os Estados-membros da União Europeia. Ademais, submetem-se a limites de outras naturezas, como política, de forma mais intensa que outrora.

Atualmente, as soluções locais já não resolvem muitos dos problemas, que agora são regionais ou globais e dependem, por isso, de uma ação coordenada por poderes políticos externos. Assim, destaca-se a erosão da soberania e do poder político estadual em benefício de novos centros de poder.

Com efeito, o Estado atualmente divide o exercício do poder com diversos atores não estatais, geralmente organizações internacionais para as quais parcelas da soberania são transferidas. Isso ilustra a erosão interna do constitucionalismo, que

Toward a new common sense: law, science and politics in the paradigmatic transition. Nova Iorque: Routledge, 1995, em especial, capítulo 4.

⁶ Bloco de constitucionalidade é o “conjunto de normas a que se reconhece hierarquia constitucional num dado ordenamento” e, por isso, “podem ser tomadas como parâmetro para o exercício do controle de constitucionalidade”. Em diversos ordenamentos, as Constituições integram ao bloco de constitucionalidade tratados internacionais de direitos humanos. SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed., 3. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 47-48.

eventualmente tem como consequência a perda do monopólio do poder público pelo Estado em seu território⁷.

Como dito anteriormente, pretende-se destacar nesta investigação a tendência de superação do modelo das Constituições sociais com pretensões dirigentes⁸, de modo a que se aproximem dos fundamentos econômicos neoliberais. É como se existisse um antagonismo entre globalização, em especial em sua dimensão econômica, e Estado Social⁹.

Esse antagonismo entre globalização e Estado Social justifica-se na medida em que o neoliberalismo, que se caracteriza como um dos suportes teórico-filosóficos da dimensão econômica da globalização, preconiza, entre outras medidas, restrições à regulação estatal da economia, pondo em causa a legitimidade de o Estado intervir economicamente para promover os direitos sociais¹⁰.

Pretende-se enfatizar, também, a tendência de superação de um modelo de constitucionalismo centrado no Estado para um modelo que vem sendo chamado de constitucionalismo cosmopolita, o que seria uma consequência das influências da dimensão política da globalização.

Conforme será demonstrado, a globalização acaba por impor, à revelia da autonomia e da soberania dos Estados, alterações constitucionais com o objetivo de redefinir o papel do Estado perante a sociedade e o mercado.

1.2. Metodologia, objetivos e sistematização da investigação

Esta investigação adotou metodologia de pesquisa bibliográfica e documental com o objetivo de analisar as teorias atuais a respeito das influências da globalização na transformação do constitucionalismo. Trata-se de um trabalho que, a despeito de ser

⁷ MEDEIROS, op. cit., 2015, p. 7-8; GRIMM, Dieter. The achievement of constitutionalism and its prospects in a changed world. In: DOBNER, Petra; LOUGHLIN, Martin (Org.). *The Twilight of Constitutionalism?* New York: Oxford University Press, 2010, p. 3-4.

⁸ MORAIS, Carlos Blanco de. *Curso de Direito Constitucional: teoria da Constituição*. Tomo II. Coimbra: Coimbra, 2018, p. 362.

⁹ Ulrich Beck sustenta que, ao contrário do que aconteceria com Estados Unidos e Inglaterra, países como Alemanha ou França seriam os perdedores da globalização e viveriam o dilema da política social na época da globalização, em que o Estado não conseguiria controlar o desenvolvimento econômico, tampouco as consequências nocivas da globalização, como desemprego, emigração e pobreza. BECK, Ulrich. *O que é globalização?* Equívocos do globalismo, respostas à globalização. Tradução André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 36.

¹⁰ Para maiores informações, sob uma perspectiva da teoria econômica, do embate teórico monetaristas, keynesianos e neoliberais, ver NUNES, António José Avelãs. Neoliberalismo, capitalismo e democracia. *Boletim de ciências económicas*, Coimbra, v. 46, p. 9-66, 2003.

focado no Direito Constitucional, perpassa questões afetas à Ciência Política, à Teoria do Estado e à Sociologia.

Optou-se por concentrar a pesquisa bibliográfica em autores provenientes de experiências constitucionais alinhadas à tradição da *civil law*, sem ignorar, todavia, importantes contributos de acadêmicos provenientes de experiências constitucionais alinhadas à tradição da *common law*¹¹.

Procurou-se ilustrar, sempre que possível, a análise teórica com o estudo de casos, preferencialmente com enfoque nas experiências constitucionais de Brasil, com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB), e de Portugal, com a Constituição da República Portuguesa de 1976 (CRP).

A investigação tem como objetivo geral estudar as influências que o fenômeno da globalização tem exercido na transformação do constitucionalismo. Como objetivos específicos, pretende-se: 1) analisar em que medida a globalização induziu as alterações constitucionais ocorridas em ordenamentos jurídicos alinhados ao constitucionalismo social, principalmente a partir dos anos 1970 com a crise do Estado Social; 2) examinar se as alterações constitucionais promovidas por influência da globalização são legítimas à luz das cláusulas pétreas e da identidade constitucional; e 3) averiguar em que medida a globalização influencia a elaboração de novas Constituições.

O enfoque será dado ao realinhamento de Constituições nascidas imersas no paradigma do Estado Social e que se foram transformando, ao longo do tempo, para um modelo alinhado às dimensões política e econômica da globalização, que irradiam um modelo de constitucionalismo cosmopolita associado à doutrina do neoliberalismo econômico.

O exame das alterações constitucionais levará em conta a edição de novas Constituições (exercício do poder constituinte), bem como as alterações constitucionais expressas (emendas constitucionais) e implícitas (mutações informais)¹².

¹¹ Para uma distinção resumida sobre as diferenças entre as experiências constitucionais da *common law* e da *civil law*, cfr. REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 141-143.

¹² É importante fazer um esclarecimento terminológico, uma vez que esta pesquisa se destina a estudar as alterações constitucionais em Portugal e no Brasil. Na terminologia adotada em Portugal, a alteração expressa e parcial da CRP, de acordo com o procedimento nela previsto, é chamada de revisão constitucional. No contexto brasileiro, seria equivalente à chamada reforma constitucional, promovida por meio das emendas constitucionais. Contudo, no Brasil existe o instituto da revisão constitucional, previsto no art. 3º do Ato das disposições constitucionais transitórias (ADCT), que deve ser entendido como uma sistemática de reforma mais ampla e com características temporais definidas. Os instrumentos utilizados para este fim foram as emendas

Em relação à sistematização da investigação, o segundo capítulo descreve a trajetória histórica do Estado e do constitucionalismo, tentando explicar o surgimento e a crise dos paradigmas liberal, social e pós-social do Estado, bem como os modelos constitucionais a eles associados. Dá-se ênfase, principalmente, em cada modelo analisado, ao objetivo do Estado perante a sociedade e o mercado. Além disso, apresenta o referencial teórico da globalização e dos movimentos a ela associados que vêm rearticulando o constitucionalismo.

O terceiro capítulo fornece o referencial teórico das alterações constitucionais, descrevendo a tipologia, as características gerais, fontes e limites das diversas espécies, em especial das mutações informais da Constituição. Ademais, introduz o conceito de identidade constitucional e relaciona-o com a ideia de limites às alterações constitucionais.

O quarto capítulo analisa a relação entre a globalização e as alterações constitucionais parciais, mais especificamente as influências que o fenômeno exerce sobre as mutações informais e as emendas constitucionais. As principais questões levantadas nesta investigação são analisadas nesta parte, uma vez que trata em que medida a globalização induz à alteração das Constituições.

Por fim, o quinto capítulo trata das pressões que a globalização impõe na elaboração de novas Constituições. Para tanto, revisita a teoria do poder constituinte, com ênfase na doutrina que discute a existência de pretensos limites a esse poder, e procede a um estudo de caso da Constituição húngara de 2011.

constitucionais de revisão. Dito isto, no âmbito desta pesquisa, quando se falar em revisão constitucional, deve-se ter em mente o procedimento ordinário de alteração expressa da Constituição e não o procedimento específico previsto no art. 3º do ADCT da CRFB.

2. TRAJETÓRIA HISTÓRICA DO ESTADO E DO CONSTITUCIONALISMO DESDE AS REVOLUÇÕES DO SÉCULO XVIII

2.1. Considerações introdutórias

Os marcos históricos e as transformações sociais ocorridos desde o surgimento do pensamento liberal e o declínio da ordem política absolutista têm moldado a forma como o Estado e o Direito se desenvolveram ao longo do tempo, em um regime de influência mútua, acompanhando a evolução histórica do Estado e do constitucionalismo.

Preliminarmente, com vistas a impor maior rigor metodológico e conceitual à investigação, importa esclarecer como alguns institutos e conceitos históricos fundamentais serão utilizados neste estudo. Para tanto, adotar-se-á a classificação dos tipos históricos de Estados apresentada por Jorge Reis Novais^{13/14}.

O jurista português denomina de Estado Absoluto o modelo de manifestação do poder político prevalecente antes das Revoluções Francesa e Americana, ocorridas no fim do Século XVIII. Após as revoluções, denomina de Estado de Direito o tipo histórico que se passou a consolidar, que se subdivide em Estado Liberal e Estado Social, na ordem cronológica^{15/16}.

¹³ NOVAIS, Jorge Reis. *Teoria das formas políticas e dos sistemas de governo*. Lisboa: AAFDL, 2017; NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para um Teoria do Estado de Direito*. Coimbra: Almedina, 2006.

¹⁴ Considerando que essas notas sobre a trajetória histórica do Estado e do constitucionalismo têm o objetivo de contextualizar o tema, a exposição realizar-se-á de forma simplificada, alertando-se, contudo, que os influxos da História no desenvolvimento social são mais complexos e que as mudanças de paradigma não se fazem de forma pontual e abrupta, mas geralmente levam anos ou décadas para se consolidarem.

¹⁵ De forma mais detalhada, considerando a evolução cronológica a partir da consolidação do Estado Moderno europeu (identificado com os Tratados de Vestfália, de 1648), o autor aponta, antes das revoluções, o Estado Absoluto (o Patrimonial e o de Polícia); após as revoluções, o Estado de Direito (primeiro o Liberal, depois o Social e Democrático); mesmo após as revoluções, indica ainda os Estados Autocráticos dos Séculos XX e XXI. Cfr. NOVAIS, op. cit., 2017, p. 24-27.

¹⁶ Jorge Miranda sustenta que o processo de criação do Estado Europeu ou Moderno culminou nos Tratados de Vestfália, de 1648, “que põem termo à guerra dos Trinta Anos e, simultaneamente, selam [...] a divisão da Europa em diversos Estados independentes”. Como espécies do gênero Estado Europeu e na ordem cronológica, estariam o Estado Estamental (ou da Monarquia Limitada), o Estado Absoluto (ou de Polícia) e o Estado Constitucional (ou Representativo ou de Direito). O Estado Liberal seria a primeira subespécie do Estado Constitucional, Representativo ou de Direito no Século XIX. Cfr. MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo I, 1, 10. ed., rev., atual. Coimbra: Coimbra, 2014a, p. 82, 86-87, 93-101.

A ideia do Estado de Direito surgiu como reação por parte de um movimento radicado no pensamento liberal à ordem política absolutista então vigente e tinha entre seus objetivos limitar juridicamente o poder político do Estado. São representativas desse pensamento liberal as Revoluções anti-absolutistas britânicas do Século XVII e as Revoluções norte-americana e francesa do Século XVIII^{17/18}.

Feita esta breve regressão aos tipos históricos de Estados, pretende-se agora demonstrar como se relacionaram Estado de Direito e constitucionalismo desde o paradigma liberal até o contemporâneo, a que se chamarão de Estado Pós-Social e de constitucionalismo cosmopolita¹⁹.

Seguindo a ordem cronológica da História, costuma-se associar: o surgimento do Estado Liberal e do constitucionalismo liberal, tendo como marcos históricos principais a Revolução Francesa e a Revolução Americana, no final do Século XVIII; o surgimento do Estado Social e do constitucionalismo social, sendo os momentos históricos mais importantes a Revolução Russa, a Primeira Guerra Mundial e a quebra da bolsa de Nova Iorque, eventos ocorridos nas três primeiras décadas do Século XX, bem como o advento das Constituições do México e de Weimar; e o surgimento do denominado Estado Pós-Social, bem como o desenvolvimento do constitucionalismo cosmopolita, tendo como principais marcos as crises do petróleo da década de 1970, a

¹⁷ MORAIS, op. cit., 2018, p. 72-102; NOVAIS, op. cit., 2006, p. 40-45.

¹⁸ O conceito de *Rechtsstaat* (traduzindo, Estado de Direito) desenvolveu-se na Alemanha, entre 1829 e 1833, por Robert von Mohl, associado a outros conceitos semelhantes, mas não idênticos. Com efeito, surgiu na França a ideia do *État Constitutionnel* (traduzindo, Estado Constitucional) e, na Inglaterra, a *rule of law*. Este último, para alguns, seria apenas a concepção administrativista do Estado de Legalidade, mas, para outros, seria o prenúncio do verdadeiro Estado de Direito. Cfr. NOVAIS, op. cit., 2006, p. 45-57. Tais observações demonstram que a ideia de “Estado de Direito” como hoje é entendida (e como será usada nesta investigação) pressupõe uma combinação de influxos filosóficos diferentes que foram sendo lapidados ao longo do tempo.

¹⁹ GOUVEIA, Jorge Bacelar. *Manual de Direito Constitucional: teoria do Direito Constitucional*. 6. ed. V. 1. Coimbra: Almedina, 2016, p. 212, 235-244. O professor português anota que o adjetivo pós-social deve ser utilizado, à falta de outro melhor, pela negação do que o Estado já não é. A essa observação, com a qual concordamos, deve ser acrescentado que a realidade não é binária. O Estado atual não deixou de ser social, mas está em um processo paulatino de alterar as características caracterizadoras do adjetivo social. Nesse sentido, o adjetivo pós-social refere-se a uma realidade em construção e é utilizado apenas pela falta de outro melhor, por não se saber exatamente os contornos do tipo de Estado que se irá consolidar. Em um contraponto específico para o constitucionalismo europeu, o professor Miguel Nogueira de Brito advoga que as transformações constitucionais não significam “um simples prelúdio de uma ordem constitucional neoliberal, em que o Estado social será definitivamente desmantelado, mas antes assenta em princípios destinados a perdurar, ainda que a coerência entre esses princípios nem sempre se afigure fácil”. BRITO, Miguel Nogueira de. A atual ordem constitucional: prolegómenos a uma distopia fundamental. In: *Estudos dedicados ao Professor Doutor Bernardo da Gama Lobo Xavier*. V. 2. Lisboa: Universidade Católica, 2015, p. 627-628.

dissolução da União Soviética e a queda do Muro de Berlim, o surgimento do neoliberalismo e a consolidação da globalização, em um movimento ainda em curso, que não permite vislumbrar claramente o futuro do Estado ou do constitucionalismo^{20/21}.

As Constituições liberais dos Séculos XVIII e XIX são conhecidas como Constituições utilitárias (ou Constituições garantia), pois se resumem a limitar o poder político, garantir os direitos fundamentais das pessoas e propor certa neutralidade ideológica quanto ao papel de intervenção estatal. Com o Estado Social se identificam as Constituições programáticas (ou Constituições dirigentes) que, além de limitar o poder e garantir os direitos fundamentais, preveem maior intervenção do Estado com o objetivo de transformação social no âmbito da promoção dos direitos sociais e da organização econômica.

Nesse recorte histórico da evolução do Estado e do constitucionalismo, objetiva-se destacar que cada passagem de um paradigma a outro representou uma mudança que reflete ideologias conflitantes sobre o papel do Estado no desenvolvimento econômico e social, na distribuição da riqueza e na promoção da igualdade social, ou seja, sobre a relação entre Estado e sociedade. Em sentido semelhante, uma alteração na forma como o Direito e a Política se relacionam.

De acordo com o objetivo apontado, este capítulo descreve a trajetória histórica do Estado e do constitucionalismo, tentando explicar o surgimento e a crise dos paradigmas liberal, social e pós-social do Estado, bem como os modelos constitucionais a eles associados. Dá-se ênfase, principalmente, em cada modelo analisado, ao objetivo do Estado perante a sociedade e o mercado (itens 2.2 a 2.4). Além disso, apresenta o referencial teórico da globalização e dos movimentos a ela associados que vêm rearticulando o constitucionalismo (itens 2.5 e 2.6).

2.2. O surgimento e a crise do paradigma liberal

²⁰ O recorte histórico a ser apresentado foi elaborado com base, principalmente, nas seguintes obras: MORAIS, op. cit., 2018, p. 71-130; MIRANDA, op. cit., 2014a, p. 84-119; NOVAIS, op. cit., 2017, p. 19-63; NOVAIS, op. cit., 2006; BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 29-38, 209-210.

²¹ As Constituições liberais dos Séculos XVIII e XIX são conhecidas como Constituições utilitárias (ou Constituições garantia), pois se resumem a limitar o poder político, garantir os direitos fundamentais das pessoas e propor certa neutralidade ideológica quanto ao papel de intervenção estatal. Com o Estado Social se identificam as Constituições programáticas (ou Constituições dirigentes) que, além de limitar o poder e garantir os direitos fundamentais, preveem maior intervenção do Estado com o objetivo de transformação social no âmbito da promoção dos direitos sociais e da organização econômica. Cfr. MORAIS, op. cit., 2018, p. 54-56.

A despeito das particularidades existentes entre o constitucionalismo norte-americano e o francês²², a noção do constitucionalismo no paradigma liberal surgiu, em essência, com o objetivo de limitar internamente o poder do Estado²³, principalmente com a separação dos poderes e a garantia dos direitos dos cidadãos, em bases individualistas. Buscava-se proteger os direitos individuais de liberdade em face do Estado, entre eles o de propriedade, a segurança, garantir a igualdade formal entre os indivíduos e reduzir ao mínimo a função do Estado perante a sociedade, em linha com os anseios de uma burguesia em consolidação.

Nessa primeira fase do constitucionalismo liberal, a “circulação de modelos”²⁴ existia, mas operava por meio das “difíceis e frágeis vias de comunicação marítimas”. Prova disso é, por exemplo, a influência das ideias do inglês John Locke nos modelos constitucionalistas francês e norte-americano, de outros pensadores europeus nos *founding fathers* americanos, assim como a inspiração causada pelo movimento constitucional norte-americano na elaboração da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão na França²⁵.

Demonstrar-se-á que a facilidade de circulação de modelos, nomeadamente pela maior capacidade de circulação de pessoas, capitais e informação obtidos com o progresso científico, reduziu a ideia de soberania associada ao constitucionalismo em seus diferentes paradigmas.

O Estado Liberal baseava-se na ideologia econômico-política do Estado mínimo e da “mão invisível” do mercado, na ideia de igualdade formal entre os indivíduos e de liberdade em bases individualistas.

A crise do Estado Liberal foi proporcionada pelas precárias condições socioeconômicas das classes menos favorecidas, assim a pressão social permitiu a

²² Cfr. MORAIS, op. cit., 2018, p. 79-101. O autor destaca, como características do caso norte-americano, a Constituição como direito supremo e a garantia efetiva das liberdades civis e políticas, e, como características do modelo revolucionário francês, a soberania popular e a onipotência da lei. Para uma perspectiva mais detalhada, cfr. BRITO, Miguel Nogueira de. *A Constituição constituinte: ensaio sobre o poder de revisão da Constituição*, Coimbra: Coimbra, 2000.

²³ Em contraposição ao poder absoluto do monarca no modelo anterior, no caso do constitucionalismo francês, ou ao poder do monarca liberal, no caso do constitucionalismo norte-americano.

²⁴ Esta expressão deve ser entendida como a influência que um modelo filosófico-político desenvolvido em um Estado ou região exerce sobre outro.

²⁵ Cfr. MORAIS, op. cit., 2018, p. 79-80.

ascensão dos movimentos sociais que, aos poucos, fomentaram a transformação do modelo de Estado e de constitucionalismo vigente.

O contexto histórico que representa a transição entre o Estado Liberal e o Social vai desde o final do Século XIX até o primeiro quarto do Século XX²⁶. Nesse período, em que se outorgou “um novo sentido e extensão aos valores da liberdade, igualdade, propriedade e segurança”, observou-se, na Europa, “o desmoronamento trágico dos impérios centrais, a transformação das missões do Estado de direito e a irrupção de novas ideologias e de novas formas de poder, não liberais”^{27/28}.

Entre os pressupostos que explicam a transição, importa destacar, brevemente: a organização dos movimentos sociais (“psicologia das massas” ou “rebelião das massas”), a conquista de liberdade política e o sufrágio universal pela classe trabalhadora, a quebra da lógica não intervencionista do Estado Liberal em razão dos conflitos militares, a positivação jurídica de direitos sociais na legislação infraconstitucional, antes mesmo da constitucionalização desses direitos, bem como o próprio intervencionismo de fato do Estado na concretização dessas prestações; por fim, a constitucionalização dos direitos sociais, tanto nos regimes revolucionários de matriz socialista da Constituição do México, de 1917, e do regime marxista-leninista posterior à Revolução Russa, quanto no caso da Constituição de Weimar, de 1919²⁹.

Entre os fatos marcantes que criaram as condições materiais para a transição, cabe lembrar a Revolução Russa, de 1917, a Primeira Guerra Mundial e a quebra da bolsa de Nova Iorque, em 1929. Acrescente-se, também, a política intervencionista do *New Deal* promovida pelo presidente Roosevelt nos Estados Unidos na década de 1930³⁰.

Além do contexto histórico favorável, o desenvolvimento do paradigma social do Estado precisava de um suporte teórico que sustentasse a continuidade da intervenção econômica do Estado após o término da Primeira Guerra Mundial. Tal

²⁶ Jorge Reis novais aponta que a linha de fronteira entre o Estado Liberal e o Estado Social situa-se desde o fim da Primeira Guerra Mundial até os anos que se lhe seguiram. Alerta, contudo, que, entre os tipos históricos de Estado que surgiram paralelamente da superação do legado liberal, se faz necessário diferenciar o Estado Social (e democrático de Direito) dos Estados autocráticos soviético, fascista e nacional-socialista. NOVAIS, op. cit., 2017, p. 28 e 33.

²⁷ MORAIS, op. cit., 2018, p. 105.

²⁸ Jorge Miranda sustenta que o Estado Social, como segunda fase do Estado constitucional, representa um “esforço de aprofundamento e de alargamento concomitantes da liberdade e da igualdade em sentido social, com integração política de todas as classes sociais”. MIRANDA, op. cit., 2014a, p. 107-108.

²⁹ MORAIS, op. cit., 2018, p. 105-118; BONAVIDES, op. cit., 2009, p. 187-195.

³⁰ SARMENTO; SOUZA NETO, op. cit., 2017, p. 117.

suporte teórico começou a se desenhar com a publicação, em 1936, pelo britânico John Maynard Keynes, da obra *A teoria geral do emprego, do juro e da moeda*³¹.

2.3. O surgimento e a crise do paradigma social

O Estado Social pode ser entendido como o modelo em que ao Estado se imputa o dever jurídico de garantir condições materiais mínimas que satisfaçam à dignidade da pessoa humana, por meio de um conjunto de prestações relacionadas aos direitos fundamentais, produzidas ou não pelo Estado, sem prejuízo do reconhecimento do papel do mercado³².

Cabe destacar que o papel conferido ao mercado afasta o modelo do Estado Social do modelo das economias planificadas de matriz soviética, que surgiram no mesmo período. Na mesma linha, o papel do Estado de garantir condições mínimas de sobrevivência afasta esse modelo do liberalismo oitocentista e do neoliberalismo³³.

De acordo com outra sensibilidade, o Estado Social incorpora os direitos sociais, mas não suprime os direitos e garantias individuais; afasta o liberalismo econômico, mas se mantém fiel ao liberalismo político; exige um papel insubstituível na economia, mas não exclui a iniciativa privada³⁴.

O modelo do constitucionalismo social destaca-se, em oposição ao modelo liberal anterior: no plano dos direitos fundamentais, “pelo alargamento do direito de cidadania e as novas concepções de justiça social e de igualdade material”; e pela reconfiguração do princípio da separação dos poderes, na medida em que os Tribunais Constitucionais passaram a ter papel mais atuante na defesa dos direitos sociais constitucionalizados. Em razão da indeterminação das normas constitucionais, o governo adquiriu mais participação da função legislativa, enfraquecendo a centralidade parlamentar³⁵.

Uma característica digna de nota é que a circulação de modelos e a própria consolidação do constitucionalismo social fez-se sentir por etapas em um período de

³¹ NABAIS, José Casalta; SILVA, Suzana Tavares da. O Estado pós-moderno e a figura dos tributos. In: ARAÚJO, Fernando; GAMA, João Taborda da; OTERO, Paulo (Org.). *Estudos em memória do Prof. Doutor J. L. Saldanha Sanches*. Coimbra: Coimbra, 2011, p. 267.

³² LOUREIRO, João Carlos. *Adeus ao estado social? A segurança social entre o crocodilo da economia e a medusa da ideologia dos "direitos adquiridos"*. Coimbra: Wolters Kluwer, 2010, p. 73-74.

³³ Ibid., p. 74.

³⁴ MIRANDA, Jorge. Os novos paradigmas do estado social. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Porto, ano 9, p. 181-197, 2012b.

³⁵ NOVAIS, op. cit., 2017, p. 36-40; MORAIS, op. cit., 2018, p. 103-105.

tempo bastante longo, de modo que, ao mesmo tempo em que se observava a consolidação do constitucionalismo social em certas partes, já se começava a perceber, em outros locais, a crise do Estado Social e a transição para um modelo de Estado e constitucionalismo ainda sem os contornos claramente definidos.

O longo fenômeno da consolidação e circulação do constitucionalismo social, bem como da crise e do surgimento do denominado Estado Pós-Social, está em curso desde o término da Primeira Guerra Mundial, em um movimento que já marca um século completo e que não permite vislumbrar a próxima etapa sem que se recorra a um certo exercício de futurologia. Questiona-se, inclusive, o futuro do próprio constitucionalismo estadual³⁶.

Com efeito, numa primeira etapa, que vai desde a Primeira Guerra até o término da Segunda Guerra Mundial, destacam-se como paradigmáticas a Constituição Mexicana de 1917, a Constituição de Weimar de 1919 e a Constituição Espanhola de 1931^{37/38}.

A segunda etapa, entre 1949 e 1975, foi marcada pela constitucionalização limitada dos direitos sociais e pela necessidade de, em concreto, o legislador precisar concretizar as metas programáticas da Constituição, tendo como referência a Lei Fundamental de Bonn, de 1949³⁹.

A terceira etapa, a partir de 1976, pode ser representada pela transição democrática de alguns regimes conservadores autoritários europeus, a exemplo das

³⁶ A respeito do questionamento sobre o futuro do constitucionalismo estadual, cfr., por exemplo, MEDEIROS, op. cit., 2015; DOBNER, Petra; LOUGHLIN, Martin (Org.). *The Twilight of Constitutionalism?* New York: Oxford University Press, 2010

³⁷ MORAIS, op. cit., 2018, p. 111-118. O professor português destaca que, paradoxalmente, foram os regimes autocráticos europeus que lograram implementar, inicialmente, “regimes consistentes de proteção social e de intervenção do Estado na Economia” e que, nos regimes democráticos, este tipo de proteção social teria se consolidado apenas após 1945. Cfr. p. 111-112.

³⁸ Registre-se que, no quadrante luso-brasileiro, a Constituição portuguesa de 1933, embora aprovada mediante um processo constituinte autocrático, inaugurou o Estado Social em Portugal, podendo ser considerada uma Constituição programática. Cfr. MORAIS, op. cit., 2018, p. 151-158. No Brasil, a Constituição de 1934 também deu início ao paradigma social de Estado e de Constituição, embora tenha vigorado por um curto período. Cfr. SARMENTO; SOUZA NETO, op. cit., 2017, p. 119-122; FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 12. ed., rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 303-306; SARLET, Ingo Wolfgang. O constitucionalismo brasileiro em perspectiva histórico-evolutiva. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 247. Apesar da previsão dos direitos sociais nas Constituições de Portugal e Brasil, em rigor, o Estado Social veio a ser desenvolver, de fato, com as Constituições portuguesa de 1976 e brasileira de 1988.

³⁹ MORAIS, op. cit., 2018, p. 118-119.

Constituições grega, de 1975, portuguesa, de 1976, e espanhola, de 1978, assim como pela aprovação de novas Constituições nos Estados do antigo bloco soviético; fora do continente europeu, destaque para a África do Sul, em 1996, o Brasil, em 1988, e a Colômbia, em 1991. Embora sejam todas alinhadas ao constitucionalismo social, diferenciam-se pela maior ou menor prolixidade dos textos e dos catálogos de direitos fundamentais⁴⁰.

Diante desse panorama, uma das características marcantes do Estado Social, além da garantia e concretização dos direitos sociais, é a obrigação imposta constitucionalmente de participação do Estado na atividade econômica. Tal característica impõe um esforço fiscal rigoroso para que o Estado possa fazer frente a tantos compromissos e promover o bem-estar social^{41/42}.

É de se notar, todavia, que, entre a positivação dos direitos sociais nas Constituições e a concretização, vem ocorrendo um movimento “em ondas sucessivas e, em alguns casos, com refluxos”. Assim, o Estado Social foi efetivamente implementado na Europa entre 1945 e os anos 1980. Fora da Europa, veio a ser timidamente concretizado recentemente nos Estados Unidos, onde se tentou estabelecer um sistema de saúde universal. Na América Latina ainda se tem níveis variáveis de concretizações. E, na África e Ásia, ainda são “tímidas as realizações de Estado Social”⁴³.

Ocorre que, em paralelo à expansão e à consolidação do constitucionalismo e do Estado Social ao redor do mundo, já se começou a observar, na década de 1970, a crise do Estado Social na Europa⁴⁴.

Os pressupostos teórico-filosóficos que proporcionaram o ressurgimento do liberalismo econômico, chamado então de neoliberalismo, radicam nas ideias de Friedrich Hayek, defensor dos mercados livres, bem como na ideologia de liberdade econômica

⁴⁰ Ibid., p. 119-122.

⁴¹ É de se observar que a constitucionalização dos direitos não significou, em termos concretos, a concretização desses direitos, pois as Constituições não são “varinhas mágicas” ou o “motor da História”. A despeito disso, não se pode negar a importância da consagração de direitos nas Constituições como uma indicação de que o povo soberano pretende vê-los tratados como direitos fundamentais, devendo o Estado sentir-se política e juridicamente obrigado a concretizá-los. Cfr. NUNES, António José Avelãs. A globalização neoliberal: a mundialização do mercado de trabalho. Os problemas políticos do pleno emprego. *Boletim de Ciências Econômicas*, Coimbra, v. 61, p. 11, 2018.

⁴² Costuma-se sustentar que o Estado Social “permitiu a maior prosperidade e bem-estar alcançados pela Humanidade”. Cfr. NABAIS; SILVA, op. cit., 2011, p. 266.

⁴³ MIRANDA, op. cit., 2012b.

⁴⁴ Cfr. MIRANDA, op. cit., 2014a, p. 114, a crise do Estado Social representa a crise do próprio Estado Moderno. No mesmo sentido, NABAIS; SILVA, op. cit., 2011, p. 264-265.

adotada por Margaret Thatcher, primeira-ministra britânica em 1979, e Ronald Reagan, presidente norte-americano em 1980, na esteira da intensificação dos processos de globalização e do avanço tecnológico a partir dos anos 1970, mas, sobretudo, a partir dos anos 1990⁴⁵. A teoria neoliberal então em ascensão contrapunha-se à socialdemocracia europeia e, também, às ideias socialistas ainda vigentes no contexto europeu^{46/47/48}.

Pelas lições de Norberto Bobbio⁴⁹, o neoliberalismo pode ser entendido como uma doutrina econômica da qual o liberalismo político é apenas um modo de realização, nem sempre necessário. Ou, de outra forma, “uma defesa intransigente da liberdade econômica, da qual a liberdade política é apenas um corolário”.

Aos Estados Unidos, de Reagan, e ao Reino Unido, de Thatcher, juntou-se a Suécia, com a eleição de um governo conservador após muitos anos de governos socialdemocratas. A discussão política nesses países concentrou-se em programas de redução ou limitação dos impostos e da carga fiscal⁵⁰.

O contexto histórico-político acabou por favorecer ainda mais a difusão das ideias neoliberais. Como efeito, entre a década de 1970 e 1990, o já enfraquecido Estado Social na Europa atravessou as crises do petróleo de 1973 e 1979, que encareceram o

⁴⁵ Acerca de pressupostos teóricos mais remotos, já em 1936, em uma obra publicada por um norte-americano, a expressão neoliberalismo já vinha sendo usada. “Em 1936, Franklin Roosevelt conseguiria eleger-se com votação esmagadora e seus próprios adversários reconheceriam o êxito de sua política de governo. Nesse mesmo ano, WALTER LIPPMANN, que sempre se opusera ao *New Deal*, publica uma obra que ficaria famosa como a expressão de um neoliberalismo”. DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 273-274.

⁴⁶ Cfr. GIDDENS, Anthony. *The third way: the renewal of social democracy*. Cambridge: Polity Press, 2008. Em especial, o capítulo sobre a “morte do socialismo”.

⁴⁷ Entre outros autores que relacionam o surgimento do neoliberalismo com a base teórico-filosófica de Hayek, as crises do petróleo da década de 1970 e os governos de Thatcher e Reagan, cabe citar: BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo* [livro digital]. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 55; SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas* [livro digital]. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 52-54; BRANDÃO, Rodrigo. *Direitos fundamentais, cláusulas pétreas e democracia*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 203-210; VIEIRA, op. cit., 1999, p. 16-17; MORAIS, Jose Luís Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz. *Ciência Política & Teoria do Estado*. 8. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 155-157.

⁴⁸ Carlos Blanco de Moraes destaca a “revolução liberal-conservadora” liderada por Thatcher e Reagan, em que se verificou o início do triunfar da liberdade econômica e política sobre o coletivismo de origem marxista e sobre a “lógica planificadora e estatocrática do socialismo democrático”, em um movimento de difusão da democracia representativa, da liberdade individual, da propriedade e do livre mercado. Cfr. MORAIS, op. cit., 2018, p. 123.

⁴⁹ BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. Tradução Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 2000, p. 87.

⁵⁰ NABAIS; SILVA, op. cit., 2011, p. 268-269.

custo da energia e deflagraram uma crise estrutural no sistema financeiro e fiscal dos Estados. Como se não bastasse, a derrocada dos regimes alinhados à União Soviética ajudou a reforçar a proeminência das ideias neoliberais em face da teoria associada ao Estado Social⁵¹.

Nesse sentido, avulta destacar as restrições fiscais que o contexto à época impôs à sustentabilidade do modelo de Estado Social. José Nunes Cruz, em interessante estudo, alude a uma “tríade contextual” caracterizada por concorrência internacional, elisão fiscal e finanças públicas sustentáveis, que teria resultado em uma “profunda restrição ao aumento da dimensão do Estado”⁵².

Segundo ele, a assunção de uma matriz capitalista por dois gigantes populacionais, China e Índia, e pelas economias em transição no Leste Europeu teria resultado no aumento da concorrência internacional, na deslocalização de atividades econômicas e no reposicionamento geográfico de estruturas de produção e distribuição. Além disso, a mobilidade internacional da base fiscal de grandes contribuintes teria pressionado as receitas fiscais dos Estados. Por fim, a associação entre o equilíbrio fiscal e o nível de risco dos Estados adquiriu peculiar importância na atratividade do capital transnacional. Apesar disso tudo, demonstrou que, apesar das pressões para redução da intervenção do Estado, observou-se, nos primeiros anos do Século XXI, que “a dimensão da intervenção do Estado, sobretudo nas funções sociais, aumentou”⁵³.

Nessa mesma época, o neoliberalismo econômico viria a ser institucionalizado pela comunidade financeira internacional por meio de medidas divulgadas, em 1989, por economistas de instituições situadas em Washington D.C., no chamado Consenso de Washington. As medidas objetivavam ajustar políticas econômicas de cunho eminentemente fiscal dos países emergentes como medidas contra a inflação⁵⁴.

⁵¹ FARIA, José Eduardo Campos de Oliveira. Reforma constitucional em período de globalização econômica. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 90, p. 259-260, jan. 1995.

⁵² CRUZ, José Nunes. A dimensão e a qualidade da intervenção do Estado em países democráticos desenvolvidos. *Boletim de Ciências Econômicas*, Coimbra, v. 61, p. 207-209, 2018. No mesmo sentido, acerca da relação entre concorrência entre os Estados no domínio da tributação e soberania fiscal, cfr. NABAIS; SILVA, op. cit., 2011, p. 274-275.

⁵³ CRUZ, op. cit., 2018, p. 207-209 e 230. No mesmo sentido, sobre a deslocalização das grandes indústrias e os problemas econômicos decorrentes dela e da concorrência internacional, cfr. MORAIS, op. cit., 2018, p. 22 e ss.

⁵⁴ Cfr. VIEIRA, op. cit., 1999, p. 16-17. Para uma perspectiva mais econômica sobre o Consenso de Washington, ver a obra do economista que cunhou o termo e passou a criticar seu uso posteriormente, John Williamson, em especial WILLIAMSON, John (Org.). *Latin American*

O Consenso de Washington decorreria da atuação das empresas transnacionais e da pressão dos governos centrais para a estabilização econômica dos países em desenvolvimento⁵⁵.

De forma mais específica, as principais medidas preconizadas seriam, em relação ao Estado, minimalismo estatal, desregulamentação, controle da inflação, redução do déficit público, cortes nas despesas sociais e primazia das exportações. Em relação ao mercado, liberação dos mercados, concentração do poder mercantil nas grandes empresas multinacionais e do poder financeiro nos grandes bancos transnacionais. Para a consecução de tais objetivos, foram criados alguns organismos internacionais: o Acordo Geral de Tarifas e Comércio⁵⁶, o Banco Mundial e FMI^{57/58}.

Nesse contexto, após um período de razoável estabilidade de um Estado Social consolidado no quadrante ocidental, em meados do Século XX, observam-se dois movimentos distintos, mas que ocorrem paralelamente.

Em um primeiro movimento, o Estado Social expandiu-se para o restante da Europa, América Latina e parte da África, na esteira de acontecimentos históricos de redemocratização e da difusão de catálogos de direitos humanos e do próprio Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Por outro lado, o retorno do pêndulo⁵⁹ no que se refere à intervenção do Estado na atividade econômica, de uma orientação social para uma orientação liberal, vem minando o Estado Social e seu modelo de constitucionalismo.

adjustment: how much has happened? Washington D.C.: Institute for International Economics, 1990.

⁵⁵ VIEIRA, op. cit., 1999, p. 16, 17 e 41.

⁵⁶ Conhecido pela sigla GATT, que significa *General Agreement on Tariffs and Trade*.

⁵⁷ LIMA, Abili Lázaro Castro de. A globalização econômica e a dissipação dos direitos sociais. In: *A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, ano 6, n. 26, p. 41-42, out./dez. 2006.

⁵⁸ Alerta-se para o fato de que o neoliberalismo, que possui íntima relação com a dimensão econômica da globalização, não triunfou sem resistência desde então. Pelo contrário. Hoje já se fala, inclusive, em era pós-Consenso de Washington. Cfr. SANTOS, Boaventura de Sousa. Os processos da globalização. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). *A Globalização e as ciências sociais*. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2002, p. 27.

⁵⁹ Fala-se aqui em retorno de pêndulo para ilustrar a circulação de modelos existente desde o advento do Estado Liberal, no que se refere ao papel do Estado na atividade econômica. Conforme explicado, a filosofia prevalecente no Estado Liberal pressupunha um Estado mínimo; com o Estado Social, o pêndulo foi deslocado para uma orientação de um Estado provedor; com a crise do Estado Social e a difusão do neoliberalismo e da globalização econômica, o pêndulo foi novamente movido para uma orientação mais liberal em termos econômicos, embora não se trate do mesmo liberalismo oitocentista. Mais recentemente, crises econômicas mundiais, como a crise norte-americana do *subprime*, em 2008, e a crise causada pelo Coronavírus, a partir de 2020 e

Ainda, em paralelo, assistiu-se o surgimento de um “novo tipo constitucional”, a exemplo do regime islâmico implantado no Irã em 1979 e que seria adotado por outros países de tradição muçulmana. Esse modelo concebe o Estado de forma “antagônica do Estado moderno de origem europeia, por nele se unirem a lei religiosa e a lei civil, o poder espiritual e o poder temporal”⁶⁰.

Neste caso, há um detalhe que merece atenção. A transição do constitucionalismo liberal para o constitucionalismo social foi marcada pela edição de novas Constituições, muitas delas oriundas de movimentos de redemocratização, não gerando grandes questionamentos sobre a legitimidade da transição de um modelo a outro, justamente por se tratar, na dogmática jurídica, de uma manifestação do poder constituinte originário e juridicamente ilimitado.

Ao contrário, a crise do Estado Social e o surgimento de um paradigma constitucional de cunho (neo)liberal, na esteira da redefinição dos centros de poder proveniente da globalização econômica, vem sendo realizada por meio de alterações constitucionais, por vezes expressas e por vezes implícitas, como as mutações constitucionais e a interpretação evolutiva. Assim vem acontecendo, para citar apenas dois exemplos, com as Constituições portuguesa e brasileira, originariamente paradigmáticas do modelo do constitucionalismo dirigente⁶¹.

Esse fenômeno pode suscitar questionamentos quanto à legitimidade dessas alterações à luz dos limites materiais impostos ao poder constituinte derivado e, mais ainda, às alterações constitucionais implícitas. O que está em causa é saber quais conquistas do constitucionalismo social deveriam estar imunes à ação de alterações constitucionais de caráter liberalizante, dentro de um quadro de respeito à identidade constitucional de cada Estado.

2.4. O Estado Pós-Social e o constitucionalismo cosmopolita

Ao contrário das mudanças de paradigma anteriores, em que era possível identificar características antagônicas mais claras no que respeita a cada modelo de

sem os contornos ainda definidos, põem em causa o modelo econômico neoliberal, pois suscitam a intervenção do Estado na ordem econômica para socorrer agentes econômicos ou reativar a economia.

⁶⁰ MIRANDA, Jorge. Democracia e Constituição para lá do Estado. In: BRITO, Wladimir et al. (Coord.). *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Heinrich Ewald Hörster*. Coimbra: Almedina, 2012a, p. 962.

⁶¹ Jorge Miranda ensina que, além dos casos português e brasileiro, ainda vigoram Constituições alinhadas originariamente ao paradigma social. São elas a italiana de 1947, a alemã de 1949 e a espanhola de 1978. MIRANDA, op. cit., 2014a, p. 108.

Estado ou de constitucionalismo, a transição para o Estado Pós-Social e seu modelo de constitucionalismo tem características que já não se afiguram tão evidentes ou marcantes a ponto de se tornarem opostas ao modelo anterior. Talvez isto possa ser explicado pelo fato de a transição ainda estar em curso e de não se ter uma segurança do que virá como modelo de Estado ou de constitucionalismo. No futuro, após a consolidação de um novo modelo, talvez essas características fiquem mais claras.

Sem embargo, o Estado Pós-Social pode ser representado como “resultado das campanhas de emagrecimento do Estado” ou de “processos de racionalização das funções estatais”, em busca de eficiência, chegando-se a questionar, inclusive, “se a igualdade social constitui uma tarefa da Constituição”^{62/63}.

Na transição do Estado Liberal para o Estado Social, o antagonismo mais evidente foi a necessidade de garantir e concretizar os direitos sociais, bem como de o Estado participar diretamente na exploração da atividade econômica e da promoção do bem-estar social.

A transição para o Estado Pós-Social representa, no plano econômico e social, a redução da intervenção do Estado na economia, privilegiando o livre mercado, a redução da participação estatal na promoção da igualdade social e dos direitos sociais, em linha com as ideias neoliberais associadas à globalização econômica. Estaria em causa a substituição do modelo do Estado proprietário pelo Estado regulador⁶⁴. No plano político, destaca-se a erosão da soberania e do poder político estadual em benefício de novos centros de poder de diferentes naturezas, sejam elas econômicas ou políticas, decorrentes, também, da globalização.

No que se refere ao plano constitucional, afigura-se necessário fazer esclarecimentos de ordem conceitual. O constitucionalismo surgiu a partir do pressuposto

⁶² NABAIS; SILVA, op. cit., 2011, p. 276.

⁶³ Essa ideia de emagrecimento do Estado também é usada por Carlos Blanco de Moraes para ilustrar a mudança do modelo de Estado gestor para Estado regulador. O autor apresenta, contudo, uma interessante observação da “mão visível” que procura corrigir o abuso do mercado, mas “de forma insuficiente e débil”. Essa seria a razão das crises financeiras observadas nesse novo modelo por conta de uma “manifesta incapacidade de uma efetiva regulação”. Cfr. MORAIS, Carlos Blanco de. O fenômeno da supranacionalidade e das mutações genéticas da natureza do Estado e da Constituição. In: MENDES, Gilmar Ferreira; MORAIS, Carlos Blanco de (Org.). *III Seminário Luso-Brasileiro de Direito Constitucional: Estado de Direito, direitos fundamentais e combate à corrupção na interface Portugal-Brasil*. Brasília: IDP, 2016b, p. 163. Disponível em: <<http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/handle/123456789/1994>>. Acesso em: 7 nov. 2019.

⁶⁴ MORAIS, op. cit., 2018, p. 122.

fático do “Estado nacional soberano, detentor do monopólio da produção de normas, da jurisdição e do uso legítimo da força no âmbito do seu território”⁶⁵.

Esse pressuposto já não se verifica por completo, tendo em conta a erosão da soberania e do poder político estadual em benefício de novos centros de poder. Isso fez com que se passasse a cogitar da existência de um constitucionalismo para além do Estado nacional.

Os paradigmas normativo-constitucionais que comportam o exercício do poder político para além das fronteiras dos Estados constituem uma série de fenômenos semelhantes que os autores denominam de formas diferentes. Assim, o constitucionalismo desacoplado da unidade territorial do Estado vem sendo chamado de, por exemplo, constitucionalismo transnacional, constitucionalismo multinível, constitucionalismo plural e interconstitucionalidade⁶⁶. A esses conceitos, importa acrescentar o transconstitucionalismo⁶⁷ e o constitucionalismo cosmopolita multinível⁶⁸.

Não se pretende entrar na polêmica da denominação mais adequada, até porque há relevante dissenso doutrinário a respeito. Além disso, é importante perceber que atualmente não se pode falar do constitucionalismo como se fosse uma experiência uniforme, ou seja, é possível defender a existência de diversas formas de constitucionalismo, cada uma com suas peculiaridades, dada a complexidade que caracteriza a sociedade atual⁶⁹.

Nesse sentido, prefere-se utilizar genericamente a denominação constitucionalismo cosmopolita, pois o cosmopolitismo é a doutrina que “nega as divisões territoriais e políticas (...), afirmando o direito do homem (...) a definir-se como cidadão

⁶⁵ SARMENTO; SOUZA NETO, op. cit., 2017, p. 88.

⁶⁶ Para um breve detalhamento desses conceitos, cfr. MARTINS, Ana Maria Guerra. *Manual de Direito da União Europeia*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 37-59.

⁶⁷ Marcelo Neves trata do transconstitucionalismo como uma racionalidade transversal que viabiliza um diálogo entre ordens jurídicas e as compatibiliza. Segundo ele, os problemas transconstitucionais são enfrentados nas instâncias judiciais, mas também se desenvolvem no plano jurídico da administração, do governo e do legislativo, bem como no âmbito dos organismos internacionais e supranacionais. Ou seja, são questões que envolvem instâncias estatais, internacionais, supranacionais na busca da solução de problemas tipicamente constitucionais. Cfr. NEVES, Marcelo. Do diálogo entre as cortes supremas e a corte internacional de direitos humanos ao transconstitucionalismo na América Latina. *Revista de informação legislativa*, Brasília, v. 51, n. 201, p. 193-214, jan./mar. 2014. Para um trabalho mais detalhado, cfr. NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

⁶⁸ MORAIS, op. cit., 2018, p. 360 e ss.

⁶⁹ A mesma observação pode ser estendida ao estudo da Teoria do Estado. A passagem de um Estado Social para um Pós-Social é uma simplificação que não permite explicar as diversas facetas que o Estado atual comporta.

do mundo”⁷⁰. Nesse sentido, adequa-se à noção principal de que o constitucionalismo vem sendo influenciado por poderes políticos extra estatais.

Em um esforço de sistematização, o professor Carlos Blanco de Moraes⁷¹ elencou as ideias-chave dos fundamentos teóricos do constitucionalismo cosmopolita multinível. Entre elas, cabe destacar: a transferência de parte da soberania nacional a estruturas supranacionais; a noção de direitos fundamentais superiores à autoridade soberana, vinculando o processo constituinte; o reconhecimento de um sistema de direitos fundamentais de vocação universal e a consequente abertura da Constituição estadual ao Direito Internacional e a jurisdições internacionais; a permuta de influxos jurisprudenciais entre os diversos níveis; a noção de Constituição antidirigista e aberta à cosmovisão econômico-financeira liberal.

No caso específico da União Europeia, a proteção multinível dos Direitos fundamentais e o constitucionalismo multinível⁷² representam a incidência simultânea de diversos ordenamentos jurídicos na proteção dos direitos fundamentais, bem como a existência de diferentes jurisdições a dirimir as lides levadas ao conhecimento das instâncias competentes. Nesse caso, como os direitos fundamentais estariam protegidos em nível nacional, regional e global⁷³, justifica-se denominar de constitucionalismo cosmopolita multinível.

A transição do constitucionalismo social para o constitucionalismo cosmopolita não coincide, propriamente, com o mesmo momento histórico de transição do Estado Social para o Pós-Social. O cosmopolitismo constitucional tornou-se importante e consolidou-se a partir de dois momentos históricos distintos.

⁷⁰ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Tradução João Ferreira (Coord.). 11. ed. V. 1. Brasília: Universidade de Brasília, 1998, p. 293. Para uma análise crítica dos conceitos de cosmopolitismo e de cosmopolitização na obra de Ulrich Beck, cfr. BRITO, Miguel Nogueira de. O admirável novo constitucionalismo da sociedade de risco. In: GOMES, Carla Amado; TERRINHA, Luis Heleno (Coord.). *In memoriam Ulrich Beck*. Lisboa: ICJP, 2016, p. 54-76. Disponível em: <<https://www.icjp.pt/publicacoes/pub/1/8611/view>>. Acesso em: 14 nov. 2019.

⁷¹ MORAIS, op. cit., 2018, p. 360-372.

⁷² A expressão foi cunhada por PERNICE, Ingolf. Constitutional Law Implications for a State Participating in a Process of Regional Integration: German Constitution and „Multilevel Constitutionalism“. In: RIEDEL, Eibe. *German Reports on Public Law*. Baden-Baden: Nomos, 1998, p. 40-66.

⁷³ MARTINS, op. cit., 2017, p. 41-56; SOUZA, Jefferson Lima de. O diálogo entre o Tribunal Constitucional Português e o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e seu impacto na proteção dos direitos fundamentais. In: MARTINS, Ana Maria Guerra (Coord.). *A proteção multinível dos direitos fundamentais: estudo sobre diálogo judicial*. Lisboa: AAFDL, 2019, p. 11-54.

Em um primeiro momento, desenvolveu-se, nos anos seguintes ao término da Segunda Guerra Mundial, um sistema universal de direitos humanos, em que se destacam, principalmente, a edição da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), de 1948, e, no contexto europeu, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH), em vigor desde 1953. Da mesma forma, o início da integração europeia, com a formação, em 1950, da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço⁷⁴. Nesse contexto surgia a noção da proteção multinível dos direitos fundamentais, que seriam tutelados com base nas Constituições e nos catálogos de direitos em diversos níveis, de modo que poderiam ser defendidos perante tribunais nacionais ou perante jurisdições extra estatais que viriam a ser criadas.

O segundo momento relaciona-se com o término da Guerra Fria, já na transição para a década de 1990, que representou o ápice de expansão do constitucionalismo, mas, ao mesmo tempo, a partir de então, tornou-se mais perceptível a noção do constitucionalismo além do Estado nacional⁷⁵. A característica marcante desse segundo momento é justamente o fortalecimento do poder de agentes financeiros transnacionais, em razão da globalização econômica, que tornou mais frágeis os instrumentos de que dispõem os Estados nacionais para o exercício do poder político.

Como foi possível perceber, as evoluções do Estado e do constitucionalismo, desde a segunda metade do século passado, seguiram trajetórias sutilmente desacopladas. Foi mesmo a partir de 1990 que se consolidou um modelo de Estado Pós-Social regulado

⁷⁴ VIEIRA, op. cit., 1999, p. 15-17. Para detalhes sobre o desenvolvimento do sistema universal de direitos humanos, cfr. a clássica obra COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

⁷⁵ KUMM, Mattias. The Best of Times and the Worst of Times: Between Constitutional Triumphalism and Nostalgia. In: DOBNER, Petra; LOUGHLIN, Martin (Org.). *The Twilight of Constitutionalism?* New York: Oxford University Press, 2010, p. 201. Importante reparar o título da obra coletiva, em que se questiona se seria o crepúsculo do constitucionalismo (em tradução livre). Na introdução da obra, Petra Dobner e Martin Loughlin explicam que não, mas que o constitucionalismo vem sendo desafiado por realidades políticas contrárias às noções fundadoras do constitucionalismo, segundo eles, de estatalidade e de legitimidade democrática de exercício do poder político pelo povo.

por um paradigma cosmopolita de constitucionalismo, com a crescente partição de centros de poder exteriores às fronteiras e à regulação estatal^{76/77}.

Assim, como foi explicado, o paradigma pós-social de Estado e constitucionalismo caracteriza-se, em resumo: pela erosão da soberania do poder político do Estado nacional, em benefício de novos centros de poder, principalmente por organismos internacionais, transnacionais ou supranacionais ou por agentes financeiros transnacionais; pelo emagrecimento do Estado; e pela consolidação de um sistema universal de direitos humanos^{78/79}.

Em termos sintéticos, o início da década de 1990 representa o ponto de inflexão do paradigma social para o pós-social. Esse ponto representa, portanto, o ponto de viragem para o “emagrecimento do Estado” e para o cosmopolitismo constitucional. Todavia, a transição de um modelo a outro não significou o “fim da história”⁸⁰.

⁷⁶ Mattias Kumm chega a referir que existiria uma contradição entre os paradigmas estadual e cosmopolita de constitucionalismo. Para ele, o paradigma cosmopolita seria mais adequado para explicar as interações atuais entre o Direito Constitucional e o Direito Internacional e outros problemas associados. Cfr. KUMM, Mattias. The cosmopolitan turn in constitutionalism: on the relationship between constitutionalism in and beyond the State. In: DUNOFF, Jeffrey L.; TRACHTMAN, Joel P. (Org.). *Ruling the World? Constitutionalism, International Law, and Global Governance*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009, p. 258-325, em especial, p. 258-266.

⁷⁷ Miguel Nogueira de Brito alerta que a nova ordem constitucional, no caso do constitucionalismo europeu, no âmbito de um Estado de mercado, não é uma ordem constitucional neoliberal que pretende o desmantelamento do Estado Social, mas mais se assemelha à terceira via teorizada por Giddens, que seria uma espécie de compromisso entre socialdemocracia e neoliberalismo. Cfr. BRITO, op. cit., 2015, p. 603-629.

⁷⁸ Os adjetivos internacional, supranacional e transnacional caracterizam organizações diferentes. Luís Pereira Coutinho assinala que as organizações internacionais de natureza intergovernamental obedecem a uma lógica de coordenação interestadual, ou seja, de interesses definidos a nível estadual, de forma que sua atuação depende da anuência dos Estados. Por outro lado, as instituições políticas supranacionais buscam atingir seus próprios objetivos supra-estatais, sem necessidade de uma lógica de coordenação interestadual, sendo que a tomada de decisões não depende da anuência expressa dos Estados. Em geral, as organizações supranacionais dispõem de órgãos representativos dos povos e não dos Estados. O exemplo mais claro de instituição supranacional seria a União Europeia. Cfr. COUTINHO, Luís Pereira. *A realidade internacional: introdução à teoria das relações internacionais*. 2. ed. Lisboa: AAFDL, 2017, p. 118-119.

⁷⁹ Carlos Blanco de Moraes diferencia a supranacionalidade orgânica, a qual associa à União Europeia, da supranacionalidade inorgânica. Esta última, segundo o professor português, surgiu a partir dos anos 1990 com a afirmação do capitalismo financeiro globalizado, tendo gerado um poder transnacional (faticamente supranacional) de caráter inorgânico e difuso, com um amplo setor financeiro privado a determinar as políticas públicas dos Estados. Cfr. MORAIS, op. cit., 2018, p. 22-ss.

⁸⁰ Miguel Nogueira de Brito, com suporte na teoria de Philip Bobbit, mostra que, paradoxalmente, na sequência do “maior sucesso da sociedade dos Estados-nações”, com o “triunfo das democracias parlamentares (...) sobre as formas ideológicas concorrentes do comunismo e do fascismo”, os Estados de mercado estão a suceder os Estados-nações, mas ainda como uma realidade incipiente. BRITO, op. cit., 2015, p. 606, 607 e 623.

Em que pese o paradigma pós-social de Estado e constitucionalismo advogar uma menor intervenção do Estado nacional na sociedade, as seguidas e frequentes crises econômicas que se sucederam mostram que o pensamento neoliberal de menos Estado tende a ser relativizado. Esse fenômeno pôde ser observado na crise financeira norte-americana do *subprime* de 2008, que começou local, mas rapidamente se tornou global, e a crise econômica atual causada pelo Coronavírus, que já começou global e ainda não terminou.

Em ambos os casos, os Estados nacionais implementaram políticas anticíclicas de modo a aumentar despesas e investimentos públicos com o objetivo de reaquecer a economia. A mesma estratégia foi adotada pela União Europeia, enquanto entidade supranacional.

Em outra ocasião, a crise das dívidas soberanas na Europa, a partir de 2009, fez com que Estados mais frágeis economicamente, como Portugal, Grécia e Espanha, enfrentassem um estado de insustentabilidade fiscal. O socorro obtido junto a credores internacionais e as exigências de austeridade fiscal provenientes da União Europeia colocaram em questão a soberania política desses Estados e a legitimidade democrática das decisões políticas internas tomadas no sentido de dar cumprimento às exigências de austeridade. Não importava a ideologia do grupo político dominante ou a vontade popular, pois o rumo político já estava pré-estabelecido por poderes políticos externos⁸¹.

Jorge Miranda⁸² anota que a crise econômica de 2008 explicitou dois fenômenos contraditórios do contexto político-econômico atual. Por um lado, a ideia política dominante advoga menos Estado e mais livre mercado, mas as crises recentes demonstram a incapacidade de os mercados se autorregularem, com a necessidade de fortes intervenções estatais em momentos de crise, bem como de o Estado nacional enfrentar as crises isoladamente.

Outros eventos históricos importantes, como os ataques às torres gêmeas em 11 de setembro de 2001, a crise dos refugiados na Europa e a saída do Reino Unido da União Europeia mostram um “movimento de afirmação soberanista” possibilitado pela ascensão de partidos políticos conservadores e contrários à globalização.

⁸¹ MORAIS, op. cit., 2018, p. 22-30.

⁸² MIRANDA, op. cit., 2012a, p. 963-964.

Nesse sentido, Miguel Nogueira de Brito⁸³ afirma que a dissolução da União Soviética parecia ter marcado o triunfo final do constitucionalismo, mas diversos acontecimentos puseram em causa tal suposição. Entre os mais importantes, releva citar o terrorismo, a ameaça nuclear e colapso ambiental, os efeitos financeiros negativos decorrentes da livre circulação internacional do capital, a crise dos refugiados e o fenómeno do populismo, ilustrado pelo Brexit e pela eleição de Donald Trump, ambos decididos em 2016. É importante registrar que se trata de acontecimentos, de certa forma, relacionados à globalização, alguns deles, inclusive, um movimento de “revolta contra a globalização”.

Portanto, se a década de 1990 indicava um movimento de consolidação de um modelo calcado em menos Estado, mais mercado e poder político deslocalizado, as crises subsequentes permitiram o fortalecimento de movimentos que defendem justamente o contrário, um Estado nacional soberano mais forte e o recrudescimento do fenómeno da globalização.

2.5. Os fenómenos que vêm rearticulando o constitucionalismo

O constitucionalismo moderno, fundado a reboque das revoluções do Século XVIII, vem sendo desde então objeto de diversas mudanças decorrentes da evolução do contexto histórico, social e político em que se insere.

Em breve síntese histórica, o constitucionalismo já atravessou a fase das revoluções, de 1776 até o final do século, a fase da época liberal, de 1814 a 1917, uma ruptura no período entre as guerras mundiais e o constitucionalismo da democracia constitucional, a partir de 1945⁸⁴.

O que se pretende neste tópico é sistematizar esses fenómenos que vêm rearticulando o constitucionalismo, principalmente a partir da fase da democracia constitucional, e relacioná-los com a globalização⁸⁵.

Oscar Vilhena Vieira⁸⁶ alude a três movimentos que vêm rearticulando o constitucionalismo contemporâneo: a regionalização, representada pela união de Estados

⁸³ BRITO, Miguel Nogueira de. *Lições de introdução à teoria da Constituição*. 2. ed. Lisboa: AAFDL, 2017, p. 11-14.

⁸⁴ ALEXANDRINO, José Melo. *Lições de Direito Constitucional*. 3. ed. V. 1. Lisboa: AAFDL, 2017, p. 51-55. Sob uma outra perspectiva, não se pode olvidar do Constitucionalismo Social, inaugurado com as Constituições Mexicana, de 1917, e de Weimar, de 1919.

⁸⁵ Esses movimentos foram apresentados resumidamente por Oscar Vilhena Vieira, mas originalmente teorizados por Boaventura de Sousa Santos. Cfr. VIEIRA, op. cit., 1999, p. 15-17; SANTOS, Boaventura de Sousa, op. cit., 1995, em especial, capítulo 4.

⁸⁶ VIEIRA, op. cit., 1999, p. 15-17.

em blocos plurinacionais, cujo maior exemplo é a União Europeia; o cosmopolitismo ético, decorrente do desenvolvimento de um sistema universal de direitos humanos; e a globalização econômica.

Acerca da regionalização e seu principal exemplo, costuma-se apontar a formação da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço, a partir de 1950, como marco do processo de integração europeia. Inicialmente firmado entre França, Itália, República Federal da Alemanha, Bélgica, Luxemburgo e Países Baixos, tinha objetivos políticos, econômicos e sociais e representava uma limitação da soberania dos Estados signatários, na medida em que submetia um setor produtivo importante a uma autoridade comum exterior ao âmbito nacional⁸⁷.

A fase de internacionalização dos direitos humanos remonta à “nova organização da sociedade internacional” após a Segunda Guerra Mundial, tendo como marcos a criação da Organização das Nações Unidas e a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948⁸⁸.

A globalização econômica caracteriza-se como uma “retórica voltada a justificar a expansão e os interesses do capital dos países de economia central, especialmente os Estados Unidos”, que tem sido “legitimada ideologicamente pelo neoliberalismo”⁸⁹.

Na doutrina portuguesa, diversos juristas procuram sistematizar esses fenômenos com algumas variações. A título de exemplo, Carlos Blanco de Moraes⁹⁰ traz a ideia de supranacionalidade. Para o professor português, a regionalização seria a manifestação da supranacionalidade orgânica, cuja maior exemplo é a União Europeia. A globalização estaria associada à ideia de supranacionalidade inorgânica, representada por uma “enorme força política” derivada do “capitalismo financista globalizado”, titular de um “poder transnacional e, faticamente, supranacional de caráter difuso”.

Por sua vez, José Melo Alexandrino⁹¹, com base na sistematização de Paulo Otero, aponta uma série de fatores que têm levado a uma fragmentação do poder político do Estado, sendo eles a internacionalização, entendida como a transferência de assuntos

⁸⁷ MARTINS, op. cit., 2017, p. 77-79.

⁸⁸ RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos* [livro digital]. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 37-38.

⁸⁹ VIEIRA, op. cit., 1999, p. 17.

⁹⁰ MORAIS, op. cit., 2016b, p. 165. No mesmo sentido, sobre a supranacionalidade, cfr. MORAIS, op. cit., 2018, p. 22-30.

⁹¹ ALEXANDRINO, op. cit., 2017, p. 120-121.

do domínio do Estado para a comunidade internacional, a globalização, a integração europeia e a chamada neofeudalização interna, que consiste na existência de outros centros de poder que disputam parcelas do poder público, com destaque para grupos empresariais, formais e informais⁹².

A despeito dessa diferença na forma de classificar os fenômenos que exercem influência no poder político do Estado nacional, verifica-se que, em síntese, eles se relacionam com as diversas dimensões do fenômeno da globalização, em especial a política e a econômica.

Com efeito, a regionalização (e a integração europeia), o desenvolvimento de um sistema universal de direitos humanos a supranacionalidade orgânica e a internacionalização têm relação com a dimensão política da globalização. De outra forma, a dimensão econômica relaciona-se com a supranacionalidade inorgânica, que representa a própria globalização econômica.

A seguir, importa destacar uma análise específica para a globalização entendida como fenômeno multidimensional, que é o objeto deste trabalho.

2.6. A globalização vista do prisma sociológico

A globalização tem se mostrado um fenômeno de conceito e características de difícil definição e delimitação de forma sistematizada e metodologicamente adequada. A esse trabalho têm se dedicado sociólogos, cientistas políticos, economistas, juristas, filósofos, entre outros profissionais.

Em primeiro lugar, importa mencionar que a globalização corresponde a uma representação do real e não pertence ao âmbito do jurídico⁹³. É algo observável no mundo do ser, descritivo. Por esta razão, a contribuição da sociologia apresenta-se como fundamental para um ponto de partida adequado.

Apresentam-se, a seguir, algumas tentativas de sistematização do fenômeno, sem a pretensão de firmar um conceito teórico, porém com o objetivo de, ao final, destacar as características que têm influenciado a Política e o Direito, principalmente o constitucionalismo.

⁹² José Casalta Nabais e Suzana Tavares da Silva apontam os mesmos ou semelhantes fenômenos como “verdadeiros desafios externos à soberania fiscal dos Estados”. Cfr. NABAIS; SILVA, op. cit., 2011, p. 272 e ss.

⁹³ BASTOS, Fernando Loureiro. Algumas notas sobre globalização e extraterritorialidade. In: PINTO, Eduardo Vera-Cruz; SOUSA, Marcelo Rebelo de (Org.). *Liber Amicorum Fausto de Quadros*. V. 1. Coimbra: Almedina, 2016, p. 438.

O sociólogo britânico Anthony Giddens⁹⁴ caracteriza o fenômeno pela “intensificação das relações sociais em escala mundial, que ligam localidades distantes de tal maneira que acontecimentos locais são modelados por eventos ocorrendo a muitas milhas de distância e vice-versa”. Em outra obra⁹⁵, evidencia a existência de uma rede complexa de processos e tenta explicá-la através de seus efeitos. Inicialmente, ele alerta que a globalização é política, tecnológica e cultural, não se limitando apenas aos seus efeitos econômicos. O avanço dos sistemas de comunicação, a partir do final da década de 1960, tem proporcionado o avanço da globalização. Com ela, surgem novas formas de risco e incertezas que afetam os seres humanos independentemente de classe social, localização geográfica ou nacionalidade, bem como se altera a vida corrente das pessoas, com reflexos nas tradições, na família e no exercício da democracia.

Giddens⁹⁶ alerta que os efeitos da globalização se fazem sentir por toda a parte, destacando questões como o aumento do comércio externo e a existência de um mercado global, a erosão da soberania e da própria ideia do Estado-nação, do respeito que antigamente os políticos inspiravam.

Aponta um aspecto interessante e contraditório, no sentido de que, se, por um lado, a globalização relaciona-se com a universalização de costumes, por outro tem levado ao reaparecimento das identidades culturais e ideais separatistas ao redor do mundo, ou seja, o renascimento de nacionalismos como resposta às tendências globalizantes, também em razão de os Estados estarem mais fracos^{97/98}.

Sustenta o surgimento de uma sociedade cosmopolita global, que não é conduzida por uma vontade humana coletiva, mas de forma anárquica, movida por uma

⁹⁴ GIDDENS, op. cit., 1991, p. 60.

⁹⁵ GIDDENS, Anthony. *O mundo na era da globalização*. Tradução Saul Barata. 8. ed. Lisboa: Presença, 2012, p. 15-19 e 22-24.

⁹⁶ Ibid., p. 21.

⁹⁷ Ibid., p. 24.

⁹⁸ Em uma perspectiva semelhante, no sentido apresentar um contraponto à ideia da globalização com uma necessária universalização de uma única visão de mundo, Fernando Loureiro Bastos aponta ser a realidade mais complexa do que se supõe, especialmente em outros espaços geográficos fora do contexto ocidental e outras identidades culturais. A título de exemplo, ele cita o caso da Guiné-Bissau, Estado africano com uma pluralidade de etnias, em que questões como laicidade do Estado, igualdade de gênero e penas corporais, enquanto padrões de conduta efetivamente usados e respeitados pela maioria da população, podem ilustrar que "a difusão dos valores de matriz ocidental pode ser mais aparente do que real, mesmo quando a ordem jurídica escrita os consagra expressamente, nomeadamente ao nível constitucional". Em suas palavras, "o pluralismo jurídico é um dado de facto que pode baralhar a eficácia de construções jurídicas que não venham a dar a devida importância às realidades sociais e culturais previamente existentes no espaço geográfico em questão". Cfr. BASTOS, op. cit., 2016, p. 438-440.

mistura de influências. Alerta, todavia, que não se trata apenas de um fenômeno de ocidentalização, a despeito de admitir a maior influência dos países industrializados nos mais pobres. Mas também do que chama de “colonização ao contrário”, na medida em que países não ocidentais estariam influenciando o curso dos acontecimentos no Ocidente⁹⁹.

Por sua vez, Ulrich Beck¹⁰⁰ caracteriza a globalização como o conjunto de processos irreversíveis em que a soberania, a identidade, as redes de comunicação, as chances de poder e as orientações dos Estados nacionais sofrem interferência de atores transnacionais. Segundo ele, esses processos gozam de especificidade em razão de sua extensão no espaço, estabilidade no tempo e da densidade social das redes de comunicação¹⁰¹.

Beck¹⁰² defende que globalização significa “a experiência cotidiana da ação sem fronteiras nas dimensões da economia, da informação, da ecologia, da técnica, dos conflitos transculturais e da sociedade civil”, ou seja, rechaça a ideia de que o fenômeno se limitaria à dimensão econômica.

O sociólogo alemão apresenta o conceito de “sociedade mundial” como o “conjunto das relações sociais, que não estão integradas à política do Estado nacional ou que não são determinadas (determináveis) por ela”, em que a existência de espaços isolados é posta em causa. A sociedade mundial representa, para ele, uma “diversidade sem unidade”, uma sociedade não integrada¹⁰³.

Por fim, alude a um antagonismo existente entre globalização e Estado de bem-estar social. Sustenta que, ao contrário do que aconteceria com Estados Unidos e Inglaterra, Estados como Alemanha ou França seriam os perdedores da globalização e viveriam o dilema da política social na época da globalização, em que o Estado não conseguiria controlar o desenvolvimento econômico, tampouco as consequências nocivas da globalização, como desemprego, emigração e pobreza¹⁰⁴.

⁹⁹ GIDDENS, op. cit., 2012, p. 26-29.

¹⁰⁰ BECK, op. cit., 1999, p. 30-32.

¹⁰¹ Para uma opinião contrária a respeito da irreversibilidade do fenômeno da globalização, especialmente em sua dimensão econômica, ver CHESNAIS, François. *A mundialização do capital*. Tradução: Silvana Finzi Foá. São Paulo: Xamã, 1996, p. 19-20; GONÇALVES, Reinaldo. *O nó econômico*. Rio de Janeiro: Record, 2003, especialmente o Capítulo 1.

¹⁰² BECK, op. cit., 1999, p. 46-47.

¹⁰³ Ibid., p. 29-30.

¹⁰⁴ Ibid., p. 36.

Esse antagonismo proposto por Beck entre globalização e Estado de bem-estar social justifica-se na medida em que o neoliberalismo, que se caracteriza como um dos suportes teórico-filosóficos da dimensão econômica da globalização, preconiza, entre outras medidas, restrições à regulação estatal da economia, pondo em causa a legitimidade de o Estado intervir economicamente para promover os direitos sociais¹⁰⁵.

Expostas algumas das principais correntes sociológicas da globalização, cabe destacar alguns aspectos importantes.

A globalização, enquanto fenômeno complexo, comporta diversas dimensões que podem ser paradoxais entre si. Por exemplo, o desenvolvimento de um sistema universal de direitos humanos é uma representação da dimensão político-cultural e moral da globalização. Ao professar “um credo cosmopolita, igualitário e multicultural que impulsiona a agenda progressista de direitos humanos”¹⁰⁶, tal dimensão da globalização pode ser vista por uma perspectiva de inclusão social.

Por outro lado, a dimensão econômica da globalização alinha-se ao neoliberalismo econômico transnacional, cujo suporte teórico privilegia a liberdade em detrimento da igualdade. Há indícios de que isso tem promovido um aumento na desigualdade social e, por conseguinte, relaciona-se com uma ideia de exclusão social.

Sobre a existência de uma suposta correlação entre globalização e desigualdade, a questão carece de consenso. Por um lado, um estudo recente elaborado por pesquisadores ligados ao Fundo Monetário Internacional concluiu que, “em vez de gerar crescimento, algumas políticas neoliberais aumentaram a desigualdade”¹⁰⁷.

Por outro lado, em livro recente, Steven Pinker¹⁰⁸ relaciona a globalização e o desenvolvimento da tecnologia à diminuição da desigualdade a partir das últimas décadas do século XX.

¹⁰⁵ Para maiores informações, sob uma perspectiva da teoria econômica, do embate teórico monetaristas, keynesianos e neoliberais, ver NUNES, op. cit., 2003.

¹⁰⁶ BARROSO, Luís Roberto. Democracias iliberales y derechos humanos: el papel de los Tribunales internacionales. In: *50 Aniversario de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Barcelona: Universidad Pompeu Fabra, 2019, p. 2-3. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2019/11/8ED8C780AE0BF3_DemocraciasIliberais,DireitosH.pdf>. Acesso em: 21 nov. 2019.

¹⁰⁷ Em tradução livre. Cfr. FURCERI, Davide; LOUNGANI, Prakash; OSTRY, Jonathan D. Neoliberalism: Oversold? In: *International Monetary Fund, Finance & Development*, Washington, v. 53, n. 2, jun. 2016. Disponível em: <<https://www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/2016/06/ostry.htm>>. Acesso em: 21 nov. 2019.

¹⁰⁸ PINKER, Steven. *Enlightenment now: the case for reason, science, humanism and progress*. New York: Penguin Books, 2019, p. 97-120.

Embora pareçam dados contraditórios e inconciliáveis, depreende-se que se está a tratar de dimensões diferentes da globalização. O estudo dos pesquisados do Fundo Monetário Internacional concluiu que as políticas neoliberais (nomeadamente desregulação, abertura dos mercados e diminuição do papel do Estado) aumentaram a desigualdade. Trata-se, especificamente, da dimensão econômica da globalização.

Já Pinker, por seu turno, fez uma análise mais ampla do fenómeno da globalização, em suas várias dimensões, não exclusivamente a econômica, para concluir pela diminuição da desigualdade.

Portanto, a globalização, como um fenómeno multifacetado e complexo, não comporta um único juízo de valor. A depender da ideologia política adotada, uma mesma dimensão do fenómeno, por exemplo, a econômica, pode ser considerada positiva ou negativa.

Isso é importante para compreender que as influências que a globalização exerce no constitucionalismo, principalmente nas alterações constitucionais, devem ser segregadas, para fins de sistematização, em suas diversas dimensões.

3. ALTERAÇÕES CONSTITUCIONAIS

3.1. Considerações introdutórias

Analizada sob um critério funcional, uma Constituição pode ser considerada como o estatuto jurídico-político fundamental do Estado, que tem como principais funções a de limitar e disciplinar o exercício do poder político, ou seja, estabelecer e regular a relação entre Direito e Política, e de garantir os direitos estabelecidos.

Embora seja elaborada com uma pretensão de longevidade por razões de estabilidade institucional e revele valores expressos em determinada circunstância, fato é que esses valores estão abertos à mutabilidade histórica¹⁰⁹. A Constituição deve ser adaptada aos novos tempos como forma de se lhe garantir subsistência.

Trata-se da função estabilizadora da Constituição, que pressupõe um projeto em permanente reconstrução, de modo que permanência, estabilidade e mudança constituem exigências recíprocas e que se retroalimentam^{110/111}.

Nesse sentido, a mudança das normas constitucionais ao longo do tempo é uma necessidade política imperiosa que contribui inclusive para a manutenção da normatividade constitucional e para equilibrar uma alegada tensão entre constitucionalismo e democracia.

Entre essa pretensão de longevidade e necessidade de mudança, algumas Constituições estabelecem limites às alterações constitucionais, que podem se revestir de diversas naturezas, como formais, materiais, temporais ou circunstanciais. Os limites materiais representam restrições jurídicas ao poder de revisão constitucional e são conhecidos como cláusulas pétreas ou de eternidade, que têm como função justamente proteger o núcleo de identidade e a essência da Constituição¹¹².

Esse arranjo entre Constituição, alterações constitucionais e cláusulas pétreas remete à teoria constitucional que vem sendo construída desde o surgimento do

¹⁰⁹ OTERO, Paulo. *Direito Constitucional português: identidade constitucional*. V. 1. Coimbra: Almedina, 2010a, p. 21-22.

¹¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais, democracia e “cláusulas pétreas” na Constituição Federal de 1988. In: FELLET, André; NOVELINO, Marcelo (Org.). *Constitucionalismo e democracia*. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 35.

¹¹¹ No mesmo sentido, explicando a relação entre estabilidade e mudança constitucional, cfr. FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais* [livro digital]. 2. ed. Osasco: Edifício, 2015, p. 5-6.

¹¹² GOMES CANOTILHO, Joaquim José. Rever a Constituição dirigente ou romper com a Constituição dirigente? Defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo. In: _____. *Brançosos e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*. 2. ed., 2. reimp. Coimbra: Almedina, 2017, p. 122-123.

constitucionalismo moderno, com as revoluções do Século XVIII, em que a maioria dos países europeus preconizava a supremacia do parlamento, mas que passou por importantes mudanças no contexto após a Segunda Guerra Mundial, época em que se observou a paulatina consolidação da supremacia da Constituição, da força normativa da Constituição e a expansão da jurisdição constitucional^{113/114}.

Dado que as alterações constitucionais são necessárias e que as Constituições, em geral, estabelecem limites para alteração de seu núcleo identitário, alerta-se que esse arranjo entre poder de revisão e cláusulas pétreas está no cerne de importantes discussões a nível constitucional, entre elas a suposta tensão entre constitucionalismo e democracia¹¹⁵, bem como os conhecidos paradoxo intergeracional, que trata da submissão das gerações presentes às escolhas das gerações passadas, e paradoxo democrático, que cuida do governo da maioria presente por uma minoria de bloqueio¹¹⁶.

Nesse contexto de teoria constitucional e direcionando a discussão para o tema desta investigação, é imperioso observar que os fenômenos decorrentes da globalização provocam alterações constitucionais que muitas vezes não se coadunam com a identidade constitucional ou os valores de determinada comunidade política. Esses influxos colocam em causa o respeito aos limites materiais de alteração de uma determinada Constituição.

¹¹³ Em termos sintéticos, a supremacia da constituição pode ser entendida como o valor jurídico superior da Constituição em relação às leis do parlamento e serve de fundamento axiológico para justificar a hierarquia jurídica superior das normas constitucionais, a rigidez constitucional e a fiscalização de constitucionalidade das leis. Cfr. URBANO, Maria Benedita. *Curso de Justiça Constitucional: evolução histórica e modelos de controle de constitucionalidade*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2016, p. 25; SOUZA, Jefferson Lima de. *A teoria do pré-compromisso constitucional: análise crítica quanto à legitimidade da imposição de restrições constitucionais ao legislador*. Relatório de mestrado, Justiça Constitucional, Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, 2018.

¹¹⁴ A rigidez constitucional pode ser entendida como a exigência constitucional de uma forma particular distinta da forma seguida para a elaboração de leis ordinárias. Ela confere eficácia jurídica à hierarquia superior das normas constitucionais e se traduz em pressuposto para a existência da fiscalização de constitucionalidade das leis. Cfr. MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo II, 7. ed. Coimbra: Coimbra, 2013b, p. 185; MORAIS, op. cit., 2018, p. 51.

¹¹⁵ Há vasta bibliografia sobre o tema. Para um ensaio completo, ver BRITO, op. cit., 2000. Para uma perspectiva mais pontual, em forma de artigos, ver FELLET, André; NOVELINO, Marcelo (Org.). *Constitucionalismo e democracia*. Salvador: JusPodivm, 2013.

¹¹⁶ Sobre os referidos paradoxos, ver RIBEIRO, Gonçalo de Almeida. O problema da tutela constitucional das gerações futuras. In: RIBEIRO, Gonçalo de Almeida; SILVA, Jorge Pereira da (Coords.). *Justiça entre gerações: perspectivas interdisciplinares*. Lisboa: Universidade Católica, 2017, p. 138-160.

Em sentido semelhante, existem as alterações que, a despeito de respeitarem os limites materiais, podem ser problematizadas em função de sua legitimidade à luz da crise da democracia representativa no contexto atual. Isso porque, embora sejam promovidas pelo agente constitucionalmente legítimo, geralmente o legislador, o que ao menos formalmente as legitimaria, levantam dúvidas quanto ao debate democrático em torno de sua aceitação pela comunidade política¹¹⁷.

Há diversos aspectos nesta temática que podem ser explorados, devendo-se focar o debate em pontos mais específicos para os fins desta pesquisa.

As alterações constitucionais que se pretende problematizar costumam ter a finalidade imediata ou mediata de alinhar o exercício do poder político estadual a um paradigma global ocidental. Esse paradigma pressupõe direitos fundamentais de pretensões universais e relaciona-se com o neoliberalismo político e econômico transnacional, este último ideologicamente avesso a Constituições sociais¹¹⁸.

Nessa linha de raciocínio, registra-se que as características do Estado Social são antagônicas aos interesses do poder econômico transnacional, um dos agentes políticos mais importantes da ordem econômica no Estado Pós-Social. A lógica do poder econômico atua no seguinte sentido: quanto mais bem-sucedido for o modelo de Estado Social, menor será o interesse do investidor privado¹¹⁹.

Sob a ótica da Teoria da Constituição, trata-se da tensão ou das influências de um constitucionalismo cosmopolita nas Constituições estaduais soberanas.

Este capítulo fornece o referencial teórico das alterações constitucionais, descrevendo a tipologia, as características gerais, fontes e limites das diversas espécies, em especial das mutações informais da Constituição (itens 3.2 e 3.3). Ademais, introduz o conceito de identidade constitucional e relaciona-o com a ideia de limites às alterações constitucionais (item 3.4).

3.2. Detalhamento sobre a tipologia das alterações parciais da Constituição

¹¹⁷ Uma ilustração interessante sobre esse fenômeno, no contexto europeu, diz respeito à existência de um suposto poder constituinte informal na União Europeia. Embora seja autovinculativo, pois a adesão de cada Estados-membros foi voluntária, esse poder constituinte condicionaria as opções fundamentais dos Estados-membros em diversas matérias, “desvalorizando o texto das Constituições formais e envolvendo a exigência de uma interpretação evolutiva ou mesmo da modificação dos preceitos em conformidade com a dinâmica comunitária”. Cfr. OTERO, op. cit., 2010a, p. 239.

¹¹⁸ MORAIS, op. cit., 2018, p. 362.

¹¹⁹ Cfr. BRITO, op. cit., 2016, p. 61, com base na teoria de Ulrich Beck.

As alterações da Constituição podem ser totais, quando implicam a substituição de uma Constituição material por outra, gênero no qual se inserem as espécies da transição constitucional e da revolução; podem ser, por outro lado, alterações parciais, quando envolvem a modificação, expressa ou implícita, de conteúdo de normas constitucionais sem alteração da identidade constitucional. Destacam-se, entre as parciais, a revisão constitucional, como alteração expressa, e, como alterações implícitas, a mutação informal e a interpretação evolutiva^{120/121}.

Este capítulo pretende concentrar a análise nas alterações parciais da Constituição, tanto expressas quanto implícitas.

Com o intuito de promover rigor metodológico, importa explorar as principais características das alterações parciais expressas e implícitas, esclarecendo, de antemão, que esta tarefa se mostra mais complexa no segundo caso. Para tanto, procurar-se-á demonstrar, em cada caso, a finalidade, como funcionam, suas causas e efeitos relacionados aos objetivos desta pesquisa.

3.2.1. As alterações parciais expressas e suas características gerais

A revisão constitucional caracteriza-se como um instituto de garantia da Constituição que disciplina a alteração expressa e parcial do texto constitucional e, por conseguinte, do conteúdo das normas constitucionais¹²².

A revisão tem a finalidade de regenerar e conservar a Constituição por meio de um instituto nela própria previsto. Os objetivos imediatos seriam eliminar normas que não mais se justifiquem, adicionar novos elementos que a revitalizem ou consagrar normas preexistentes¹²³.

¹²⁰ Adotou-se, com simplificações, a classificação exposta em MORAIS, op. cit., 2018, p. 225-226. Para uma outra classificação, de forma esquemática e didática, cfr. MIRANDA, op. cit., 2013b, p. 170-174.

¹²¹ Importante registrar que a doutrina brasileira costuma denominar o fenômeno como “mutação constitucional”. Como exemplos, cfr. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional* [livro digital]. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2020; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2019; BARROSO, op. cit., 2018. Todavia, levando-se em conta que a “mutação constitucional” pode ser inconstitucional, ou seja, pode não respeitar os limites doutrinariamente aceitos para as alterações tácitas, chamaremos o fenômeno de mutações informais.

¹²² MORAIS, op. cit., 2018, p. 226-227.

¹²³ MIRANDA, op. cit., 2013b, p. 175.

Acrescente-se que, em relação ao exposto acima, não se pode esquecer a concepção aspiracional da Constituição¹²⁴, que corresponde a um esforço do legislador constitucional por entender a Constituição como um instrumento de avanço social e, assim, incluir nela dispositivos com este intuito.

Nesse sentido, por outro critério, faz sentido chamar de revisão reativa aquela que pretende atualizar a Constituição quando ela não mais reflete a realidade social e revisão proativa quando há uma percepção do legislador constituinte de que a Constituição pode ser um instrumento indutor de avanços de diversas naturezas na comunidade política. A revisão proativa relaciona-se à citada concepção aspiracional da Constituição.

As alterações constitucionais expressas devem ser implementadas segundo o procedimento previsto constitucionalmente e observados os limites eventualmente impostos.

O que causa ou o desperta a necessidade de revisão constitucional é uma eventual “desconformidade entre a norma e a realidade”¹²⁵. No caso, a realidade social pode ter sido alterada, mas a norma continuar a refletir a realidade anterior. Em acréscimo, no sentido explorado anteriormente, também se incluem as revisões proativas, ou seja, realidade e norma estão adequadas ao seu tempo, mas a revisão constitucional promove inicialmente a alteração do dispositivo constitucional na esperança de que a mudança social seja assim induzida.

Entre os efeitos da revisão constitucional, destaca-se, de início, que a revisão implementada com o pleno respeito aos limites impostos ao procedimento de revisão serve justamente para atualizar a Constituição aos novos tempos, ou seja, cumpre com sua finalidade precípua.

Por outro lado, e agora trazendo o raciocínio para o objeto deste estudo, as revisões alinhadas ao fenômeno da globalização podem desrespeitar os limites materiais de alteração constitucional. De maneira semelhante, ainda que respeitem esses limites, elas podem ser implementadas sem a devida legitimação democrática. Esses efeitos negativos serão discutidos mais adiante.

¹²⁴ BOTELHO, Catarina Santos. Aspirações constitucionais e força normativa da Constituição: *Requiem* pelo “Conceito Ocidental de Constituição”? In: *Jornadas nos 40 Anos da Constituição da República Portuguesa*. Porto: Universidade Católica, 2017, p. 19-52. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2913580>>. Acesso em: 11 dez. 2019.

¹²⁵ MORAIS, op. cit., 2018, p. 228.

3.2.2. As alterações parciais implícitas e suas características gerais

Entre as alterações implícitas da Constituição, destacam-se a mutação informal e a interpretação evolutiva. De início, cabe destacar que a sistematização adotada, cuja base é a doutrina do professor Carlos Blanco de Moraes, parte do pressuposto de que os fenômenos da mutação informal e da interpretação evolutiva são distintos. Porém, é muitas vezes difícil estabelecer o limite entre interpretação constitucional propriamente dita, interpretação evolutiva e mutação informal, principalmente em se tratando de casos concretos¹²⁶.

A mutação informal pressupõe a alteração do sentido das disposições constitucionais por “normas em sentido material de conteúdo politicamente inovador, geradas e consolidadas gradualmente no tempo à margem do poder formal de revisão”¹²⁷. Ou seja, em termos gerais, é a alteração implícita da norma constitucional, com determinado grau de inovação política, que se extrai do texto constitucional sem que esse mesmo texto seja formalmente alterado.

De forma sutilmente diferente, a interpretação evolutiva “implica o ajustamento do sentido de certos preceitos constitucionais a novas realidades políticas, econômicas e sociais que o respectivo enunciado não abarcava expressamente”¹²⁸. Em outras palavras, a interpretação evolutiva “visa atender às necessidades dos destinatários atuais da norma e não daqueles que o eram na publicação da Constituição”¹²⁹.

Todavia, a distinção entre mutação informal e interpretação evolutiva não é pacífica na doutrina. Por exemplo, Gomes Canotilho condena a interpretação constitucional criadora que pretenda constitucionalizar uma alteração constitucional em inequívoca contradição com a Constituição escrita. Por outro lado, admite mutações que representem “alterações no âmbito ou esfera da norma que ainda se podem considerar susceptíveis de serem abrigadas pelo programa normativo”. Segundo ele, a mutação é

¹²⁶ Nesse sentido, sobre a “difícil linha de fronteira entre interpretação constitucional e criação normativa”, cfr. MORAIS, Carlos Blanco de. As mutações constitucionais de fonte jurisprudencial: a fronteira crítica entre a interpretação e a mutação. In: MENDES, Gilmar Ferreira; MORAIS, Carlos Blanco de (Org.). *Mutações constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 2016a, em especial, p. 55 e ss.

¹²⁷ MORAIS, op. cit., 2018, p. 230 e 232.

¹²⁸ Ibid., p. 237.

¹²⁹ MELO, Lucas Fonseca e. *Os limites dos processos informais de alteração da Constituição*. 2019. 403 p. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de Lisboa, Lisboa, 2019, p. 360. Disponível em: <<https://repositorio.ul.pt/handle/10451/39139>>. Acesso em: 11 fev. 2020.

admissível quando se trata de um problema normativo-endogenético, mas não se deve admitir se se tratar de uma evolução normativa exogenética¹³⁰.

Em outras palavras, explicando as lições de Gomes Canotilho, o respeito ao programa normativo é requisito para se considerar constitucionalmente adequada uma determinada mutação. Todavia, com essa construção, não se vislumbra como se poderia diferenciar, mesmo em termos teóricos, no âmbito do exercício da interpretação constitucional, a simples interpretação, a interpretação evolutiva, que pressupõe a mudança no sentido da norma, e a mutação constitucionalmente adequada^{131/132}.

Retomando a posição adotada de se considerarem a interpretação evolutiva e a mutação informal fenômenos distintos, o tênue limiar que os diferencia seria o grau de inovação política com que se introduz a alteração do sentido do preceito constitucional, sendo a interpretação evolutiva observada em menor grau, por isso constitucionalmente adequada, e a mutação informal, em maior grau, extrapolando por vezes os limites aceitáveis da interpretação^{133/134}.

A título de exemplo, no bojo do RE n. 330.817¹³⁵, discutia-se se a imunidade tributária concedida a livros impressos, conforme previsto na CFRB, art. 150, VI, “d”¹³⁶, se estenderia a livros eletrônicos ou digitais. O primeiro parágrafo da ementa do julgado é ilustrativo:

Recurso extraordinário. Repercussão geral. Tributário. Imunidade objetiva constante do art. 150, VI, d, da CF/88. Teleologia multifacetada.

¹³⁰ GOMES CANOTILHO, Joaquim José. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed., 12. reimp. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1228-1230.

¹³¹ Essa questão também é observada por Carlos Blanco de Moraes. Cf. MORAIS, op. cit., 2018, p. 230.

¹³² Na doutrina brasileira atual, Luís Roberto Barroso traça uma distinção sutilmente diferente. Para ele, interpretação construtiva, interpretação evolutiva e mutação constitucional não se confundem. A interpretação evolutiva seria a aplicação da Constituição a situações que não foram imaginadas quando de sua elaboração. A mutação constitucional seria a mudança no sentido da norma, porém especificamente em contraste com entendimento preexistente. Cfr. BARROSO, op. cit., 2018, p. 93-94.

¹³³ MORAIS, op. cit., 2018, p. 232.

¹³⁴ Nesse mesmo sentido, “tanto a interpretação evolutiva como a mutação constitucional alteram, informalmente, a Constituição. A diferença entre os dois institutos encontra-se na intensidade – a mutação é uma alteração mais qualificada”. Cfr. MELO, op. cit., 2019, p. 67.

¹³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE n. 330.817*. Ministro: Dias Toffoli, julgado em 8/3/2017, publicado em 31/8/2017. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13501630>>. Acesso em: 27 abr. 2020.

¹³⁶ “Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: (...) VI - instituir impostos sobre: (...) d) livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão”.

Aplicabilidade. Livro eletrônico ou digital. Suportes. Interpretação evolutiva. Avanços tecnológicos, sociais e culturais. Projeção. Aparelhos leitores de livros eletrônicos (ou e-readers). (com grifo no original)

A decisão simplesmente reconheceu que a interpretação do preceito constitucional sobre a imunidade tributária de livros deveria ser ajustada para incluir situações que não foram imaginadas quando da elaboração do texto constitucional, uma vez que, à época, não se cogitava da existência corriqueira de livros digitais. Não houve conteúdo inovador de natureza política.

Uma vez demonstras as razões que levaram à conclusão de que interpretação evolutiva e mutação informal são fenômenos diferentes, importa agora mencionar que o foco da análise dos reflexos da globalização, no âmbito das alterações implícitas da Constituição, será concentrado no caso das mutações informais.

Isso porque a mutação informal, por ser um fenômeno com grau de inovação política mais forte, suscita maiores problemas no sentido do que se pretende pôr em causa nesta pesquisa: o respeito aos limites materiais de alteração constitucional e a preservação da identidade constitucional, bem como a legitimidade democrática de tais alterações¹³⁷.

3.3. Mutações informais: características gerais, fontes e limites

As mutações informais da Constituição são um fenômeno jurídico e, como tal, são inicialmente observados no mundo dos fatos e depois teorizados e problematizados na doutrina jurídica.

No mundo dos fatos, o fenômeno foi observado inicialmente com o caso particular dos Estados Unidos da América, no Século XIX, e depois com três ciclos na Europa¹³⁸.

No contexto norte-americano, a questão das mutações ganhou destaque no caso *McCulloch v. Maryland* (1819), no âmbito da noção de *living constitution*, em que

¹³⁷ Por outro lado, a interpretação evolutiva, embora seja também influenciada pela globalização, não suscita grandes problemas em termos de respeito aos limites materiais, uma vez que, pela própria definição, tal fenômeno já não seria uma interpretação evolutiva, mas uma mutação informal inconstitucional.

¹³⁸ MORAIS, op. cit., 2018, p. 233-235. No mesmo sentido, MORAIS, Carlos Blanco de. As mutações constitucionais implícitas e os seus limites jurídicos: autópsia de um acórdão controverso. *Jurismat*, Portimão, n. 3, p. 76-78, 2013.

o Juiz Marshall defendeu a ideia do “construtivismo constitucional, com base na cláusula dos poderes implícitos”^{139/140}.

O caso *McCulloch v. Maryland* tratava de uma demanda em que se questionava a tentativa de tributação, pelo Estado de Maryland, em desfavor do *Second Bank of the United States*, uma espécie de banco nacional com poderes regulatórios, cuja existência gerava controvérsias políticas, principalmente federativas entre Estados e a União. Em sua decisão, o Juiz Marshall entendeu pela constitucionalidade da criação do banco nacional, com fundamento nos poderes implícitos conferidos pela Constituição da União ao Congresso Nacional (retirados da “*necessary and proper clause*”), e pela inconstitucionalidade dos tributos criados pelo Estado de Maryland. É de se destacar que, além de declarar a hierarquia jurídica superior da Constituição da União em face das Constituições dos Estados federados, o Juiz Marshall desenvolveu a tese dos poderes implícitos do Parlamento^{141/142}.

Na Europa continental, o primeiro ciclo foi observado, ainda no Século XIX, principalmente em razão de dificuldades de implantação do federalismo, por exemplo, na Alemanha, no âmbito da Constituição de 1871. O segundo ciclo decorreu já no início do Século XX e teve os parlamentos como fonte das mutações, basicamente por meio dos costumes parlamentares e leis infraconstitucionais. Já o terceiro ciclo aconteceu após a Segunda Guerra Mundial, com o desenvolvimento do sistema de Justiça Constitucional e tendo como protagonistas os tribunais constitucionais, contexto em que se começaram a observar os excessos interpretativos das Constituições^{143/144}.

¹³⁹ Ibid.

¹⁴⁰ Nesse sentido, Strauss evidencia que muitos autores entendem que o referido precedente constituiu um exemplo de alteração da Constituição sem autorização, levada a cabo pela Suprema Corte. Cfr. STRAUSS, David. *The living Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 123.

¹⁴¹ RAY, Clyde. *John Marshall's Constitutionalism*. New York: State University of New York Press, 2019, p. 37-41; HARRIS, Pamela; THOMPSON, Karl; TRIBE, Laurence (Org.). *It is a constitution we are expounding: collected writings on interpreting our founding document*. Washington: American Constitution Society for Law and Policy, 2009, p. 13-14 e 51-56.

¹⁴² Para um melhor detalhamento sobre a noção de *living constitution* e sua relação com as alterações constitucionais, cfr. STRAUSS, op. cit., 2010, em especial o capítulo 6, p. 115-139.

¹⁴³ MORAIS, op. cit., 2018, p. 233-235. No mesmo sentido, MORAIS, op. cit., 2013, p. 76-78.

¹⁴⁴ Para mais detalhes sobre o primeiro ciclo na Alemanha, ver URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. *Mutación constitucional y fuerza normativa de la Constitución*. *Revista española de derecho constitucional*, Madrid, n. 58, p. 105-135, jan./abr. 2000, em especial o capítulo II. Para maiores detalhes sobre os ciclos ocorridos na Europa, inclusive com seus principais teóricos, cfr. MELO, op. cit., 2019, p. 23-37.

Uma das razões que explica o desenvolvimento distinto do fenômeno nos quadrantes norte-americano e europeu continental é que a ideia da supremacia da Constituição começou a se consolidar na experiência do constitucionalismo norte-americano desde o princípio, ao passo que sofreu um relativo atraso na experiência do constitucionalismo europeu continental. O valor jurídico superior da Constituição em relação às leis do Parlamento foi rapidamente admitido nos Estados Unidos, ao contrário do que ocorreu na Europa continental, e, no caso norte-americano, implicou o desenvolvimento antecipado do sistema de fiscalização de constitucionalidade das leis¹⁴⁵.

Em paralelo, no que concerne à teorização das mutações informais, a doutrina costuma apontar a escola alemã de direito público como precursora da tentativa de sistematizar o fenômeno, com a contribuição de autores como Paul Laband, Georg Jellinek, Hermann Heller, Rudolf Smend e Hsü Dau-Lin, que teorizaram, na ordem apresentada, a partir do final do Século XIX¹⁴⁶.

Não se pretende entrar em detalhes sobre a construção teórica de cada autor. É importante ressaltar, contudo, que esses juristas da escola alemã de direito público não tratavam o fenômeno de modo uniforme. Paulo Bonavides¹⁴⁷ explica o dissídio existente entre os constitucionalistas que sustentavam uma teoria formal da Constituição, entre eles Laband, Jellinek e Kelsen, e os constitucionalistas que defendiam o que viria a ser chamado de teoria material da Constituição, entre eles Schmitt, Smend, Hsü Dau-Lin e Heller. A teoria formal, identificada com o formalismo e o positivismo, só admitia a mudança formal do texto da Constituição, ou seja, na opinião desses autores, quem mudava a Constituição era o legislador constituinte e não o intérprete.

¹⁴⁵ URBANO, op. cit., 2016, p. 25-26 e 65-67. Outro recorte histórico interessante pode ser consultado em MIRANDA, Jorge. Justiça constitucional e democracia. In: FELLET, André; NOVELINO, Marcelo (Org.). *Constitucionalismo e democracia*. Salvador: JusPodivm, 2013a, p. 107 e ss. Nesse mesmo sentido, Luís Pereira Coutinho, com base no pensamento de Hannah Arendt, demonstra que o constitucionalismo norte-americano estabeleceu, desde o início, limites à democracia, mas tais limites devem ser qualificados como constitutivos da democracia, criados para preservar um espaço em que a pluralidade política pudesse permanecer viva. Cfr. COUTINHO, Luís Pereira. *Teoria dos regimes políticos: lições de ciência política*. Lisboa: AAFDL, 2013, p. 142.

¹⁴⁶ Nesse sentido, cfr. PEDRA, Adriano Sant'Ana. *Mutação constitucional: interpretação evolutiva da Constituição na democracia constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017; MORAIS, op. cit., 2018, p. 233-235; BULOS, Uadi Lamêgo. Da reforma à mutação constitucional. *Revista de informação legislativa*, Brasília, v. 33, n. 129, p. 25-43, jan./mar. 1996; URRUTIA, op. cit., 2000.

¹⁴⁷ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 170-175.

A superação da ideia da mutação informal como um problema e o entendimento das alterações implícitas como parte de um conceito dinâmico de Constituição foi possível apenas no segundo ciclo das mutações, com o contributo especial de Hsü Dau-Lin¹⁴⁸.

Hsü Dau-Lin era discípulo de Smend e foi responsável por sintetizar, sistematizar e completar os trabalhos existentes sobre as mutações, isso no contexto da vigência da Constituição de Weimar, de 1919. Ele procurou sistematizar todas as possibilidades em que se poderia observar o fenômeno¹⁴⁹. O jurista chinês caracterizava a mutação como um fenômeno derivado da incongruência entre norma e realidade e, nesse sentido, existiriam quatro classes de mutação: mediante prática que não vulnera formalmente a Constituição; por impossibilidade de exercício de determinada atribuição descrita na Constituição; em razão de prática que contraria a Constituição; e mediante interpretação da Constituição¹⁵⁰. É de se notar que a sistematização proposta por Hsü Dau-Lin foi pensada em um contexto em que não existia, na Alemanha, a fiscalização de constitucionalidade pelo Tribunal Constitucional, o que veio a se consolidar apenas no terceiro ciclo^{151/152}.

Apesar das tentativas, a doutrina ainda não logrou sistematizar o fenômeno adequadamente, principalmente no que se refere aos critérios de definição, às fontes e aos limites das mutações informais.

Antes de passar à temática das fontes e dos limites, importa tentar delimitar, sinteticamente, a finalidade, as causas, os efeitos e como funcionam as mutações, no que concerne ao objeto desta pesquisa.

A finalidade das mutações informais, como não poderia deixar de ser, é semelhante à finalidade das alterações formais, pois ambas cumprem o papel de atualizar a Constituição aos novos tempos. A diferença é que o processo de alteração formal dispõe

¹⁴⁸ Cfr. MELO, op. cit., 2019, p. 31-35; PEDRA, op. cit., 2017, p. 124-127.

¹⁴⁹ URRUTIA, op. cit., 2000, p. 106 e 125.

¹⁵⁰ PEDRA, op. cit., 2017, p. 117-119.

¹⁵¹ Cfr. MELO, op. cit., 2019, p. 72-73.

¹⁵² A obra de Hsü Dau-Lin, *Die Verfassungswandlung*, foi publicada em 1932. Embora não existisse efetivamente um sistema de fiscalização de constitucionalidade na Alemanha à época, é importante lembrar que, nesse período, entre 1928 e 1932, foi travado o célebre “debate” entre Hans Kelsen e Carl Schmitt sobre quem deveria ser o guardião da Constituição. Enquanto o primeiro afirmava a importância de um tribunal constitucional, o segundo questionava o papel do Judiciário como guardião da Constituição, atribuindo o desempenho dessa função ao Presidente do *Reich*. Cfr. SCHMITT, Carl. *O guardião da Constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, na apresentação do livro.

de maior legitimidade democrática por ser implementado segundo o procedimento previsto na própria Constituição, ao passo que, nas mutações informais, em determinados casos em que a alteração se mostra mais intensa em termos de inovação política e a depender do agente indutor da alteração, existe um déficit de legitimidade.

Pedra¹⁵³ reproduz uma interessante ilustração criada originariamente por Hsü Dau-lin. Para o jurista chinês, a mutação decorre da diferença existente entre as normas constitucionais e a realidade. No caso de congruência entre norma e realidade como fato, há duas hipóteses: uma primeira em que a realidade se alinhou à norma, que representa a plena vigência da Constituição; e uma segunda em que a norma se alinhou à realidade, que representa o caso da revisão constitucional. Por outro lado, a mutação seria um fenômeno decorrente da incongruência entre norma e realidade¹⁵⁴.

O fenômeno das mutações informais tem também causas semelhantes às do fenômeno das alterações formais. Conforme observado anteriormente, a desconformidade entre a norma até então extraída do enunciado normativo da Constituição e a realidade social dos novos tempos reclama a atualização da nova norma a ser extraída do mesmo enunciado normativo. A diferença é que, neste caso, seja por inércia do legislador constitucional em promover a alteração, seja por circunstâncias fáticas, a alteração da norma acaba por se concretizar à margem do processo de revisão. Este fato, por si só, não representa um juízo de valor negativo a respeito das alterações informais da Constituição, que são necessárias e exercem sua função estabilizadora da Constituição, excluídos eventuais excessos^{155/156}.

¹⁵³ PEDRA, op. cit., 2017, p. 119. Em acréscimo a essa construção de Hsü Dau-lin, verifica-se que a incongruência entre norma e realidade pode também dar origem à revisão constitucional. Apenas nos casos em que a alteração constitucional se dá de forma implícita, seja por inércia do legislador constitucional ou por outra razão qualquer, é que é possível cogitar das mutações, sem ignorar a existência de fenômenos correlatos como a interpretação evolutiva e a própria interpretação constitucional, conforme observado no tópico anterior deste trabalho.

¹⁵⁴ Há uma interessante reflexão que nega a caracterização da mutação informal como um fenômeno de simples primazia dos fatos (realidade social) sobre a norma. Tendo por ponto de partida a teoria tridimensional do Direito de Miguel Reale, a mutação seria um fenômeno que se aperfeiçoa mediante uma relação entre fato, valor e norma, não apenas entre fato e norma. Cfr. SACCHETTO, Thiago Coelho. As mutações constitucionais no contexto brasileiro de crise da representação democrática. *E-Pública*, Lisboa, v. 2, n. 1, p. 123-140, jan. 2015.

¹⁵⁵ Pedra mostra que o desenvolvimento dos estudos a respeito da mutação informal permitiu superar a ideia do fenômeno como um problema. Cfr. PEDRA, op. cit., 2017, p. 124-127.

¹⁵⁶ Ferreira Filho aponta alguns motivos para as mudanças informais. São eles: nova compreensão de valores, reação em face de problemas insuspeitados pelo constituinte, aceitação de práticas, descoberta de normas implícitas. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Alteração e mudança da constituição, o caso brasileiro. *Revista da Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, v. 3, n. 1, p. 65-80, jan./dez. 2012, p. 67.

Outras causas mais remotas que podem ser citadas são um grau de rigidez constitucional que torne a revisão um procedimento atípico, a exemplo do que ocorre nos Estados Unidos da América, e o uso excessivo de conceitos jurídicos indeterminados, que demanda um maior esforço do intérprete na concretização da Constituição.

No que tange aos efeitos das mutações, destaca-se, de início, que aquelas operadas em respeito aos limites doutrinariamente impostos atendem ao seu objetivo principal, que é a concretização da Constituição e sua atualização ao longo do tempo.

Por outro lado, o fenômeno da globalização também pode induzir alterações implícitas que, ao extremo, sejam concretizadas em arrepio às cláusulas pétreas ou que sejam promovidas sem a devida legitimação democrática por conta da falta de discussão e reflexão suficiente a respeito do tema. Não há novidades, até então, em comparação aos efeitos das alterações formais. O que se pode acrescentar é que as alterações implícitas podem causar insegurança jurídica, pois é um fenômeno que se precisa consolidar no tempo e se pode verificar, eventualmente, oscilação entre os poderes na interpretação do mesmo enunciado constitucional até que a questão seja pacificada.

A questão, no entanto, é mais complexa do que parece. As chamadas mutações inconstitucionais são aquelas que desrespeitam os pretensos limites às mutações informais, uma vez que a mudança no significado de um preceito constitucional deve ocorrer respeitando-se o sentido e a finalidade da norma, ou seja, não se pode interpretar arbitrariamente¹⁵⁷.

Nesses casos, a mutação inconstitucional pode decorrer da inadequada interpretação constitucional de qualquer dos poderes, das práticas ou costumes contrários à Constituição, bem como da inércia e do desuso constitucional¹⁵⁸.

Ao final, o fenômeno pode acarretar consequências nocivas como o desvirtuamento da constituição pela interpretação e a “problemática da existência de uma Constituição não oficial”¹⁵⁹.

3.3.1. Mutações informais: notas sobre fontes e limites das mutações informais

Conforme explicado anteriormente, o fenômeno das mutações informais não é sistematizado uniformemente pela doutrina constitucional. Essa constatação aplica-se

¹⁵⁷ PEDRA, op. cit., 2017, p. 306.

¹⁵⁸ FERRAZ, op. cit., 2015, p. 217-251.

¹⁵⁹ MORAIS, op. cit., 2018, p. 245-248.

também para a classificação que os diversos autores adotam a respeito dos atos ou fatos geradores das mutações, ou seja, das fontes ou das espécies de mutações¹⁶⁰.

Um dos objetivos desta pesquisa é detalhar de que forma a globalização induz processos de alteração implícita da Constituição, logo não é necessário que se detalhe em pormenores as diversas classificações das mutações. O que importa, no caso, é adotar uma classificação abrangente de como a globalização cria ou induz a criação de atos ou fatos que, por sua vez, provocam as mutações informais, ou seja, fundamental é adotar uma classificação abrangente das fontes das mutações informais, inclusive porque isso influenciará, em termos metodológicos, a forma como o assunto será abordado.

Nesse sentido, a classificação exposta por Carlos Blanco de Moraes¹⁶¹ sobre as fontes de mutação informal aponta para a existência de três espécies: as fontes fáticas de formação espontânea, as fontes ato e as fontes jurisprudenciais, conforme a seguir:

- i) Fontes fáticas de formação espontânea: é o caso do costume (*praeter e contra legem*); das práticas e de convenções constitucionais consolidadas que alteram o funcionamento do sistema político criando regras informais, umas vinculativas e outras ordenadoras (*“soft law”*); e do desuso de princípios e regras, gerador da sua nominalização progressiva ou da sua caducidade normativa;
- ii) Fontes “ato”, geradas por manifestações de vontade infraconstitucional das instituições políticas que vão desaplicando ou derrogando informalmente o sentido das normas da Constituição, derrogação essa que se vai sedimentando sem contraditório relevante ou sanção: é o caso de decisões legislativas e administrativas *“contra constitutionem”*; do direito positivo da União Europeia contrário à norma constitucional escrita; do desenvolvimento inovatório e discricionário de princípios proteiformes como o princípio da subsidiariedade, com relevo para as relações entre o poder central e territórios autónomos, bem como entre o Estado e a União Europeia; e do impacto político do transconstitucionalismo cosmopolita corporizado em tratados que disciplinam direitos fundamentais;
- iii) Fontes jurisprudenciais de base interpretativa e integrativa que criam ou revelam inovatoriamente normas materialmente constitucionais e envolvem, em níveis de intensidade diversa, tanto as chamadas sentenças aditivas de revisão constitucional, como também uma intensa e impalpável atividade

¹⁶⁰ Para um detalhamento sobre as classificações de diversos juristas renomados, cfr. PEDRA, op. cit., 2017, p. 140 e ss.; MELO, op. cit., 2019, p. 64 e ss.

¹⁶¹ MORAIS, op. cit., 2018, p. 235-236.

construtiva e inovadora de desenvolvimento dos princípios e normas constitucionais, tecida a partir de fórmulas concretizadoras obtidas na esfera da função hermenêutica dos Tribunais Constitucionais e, ainda, das decisões do Tribunal de Justiça da União Europeia.

Em sentido semelhante, cabe trazer a ideia de que as mutações informais ocorrem no quadro das relações sociais existentes, no plano dos fatos ou dos valores. Mas elas acabam sendo, na maioria das vezes, “veiculadas por decisões de órgãos estatais que captam a mudança ocorrida, cristalizando-a no universo político constitucional”. Assim, as fontes de mutação informal poderiam ser sistematizadas por mudança jurisprudencial, por ato legislativo ou por ato de governo¹⁶².

Essa classificação das fontes, a despeito de ser sintética, tem a vantagem de proporcionar uma melhor organização dos efeitos da globalização nas mutações. Na grande maioria das vezes, os fatos e valores relacionados à globalização serão “constitucionalizados” por meio de fatos e atos, ainda que omissivos, das instituições políticas¹⁶³.

Todavia, nem sempre se pode atribuir a apenas uma instituição política em específico a fonte da mutação constitucional. Há casos em que as mutações são promovidas por atos complexos. Um exemplo muito importante para este estudo diz respeito à incorporação de tratados internacionais no ordenamento interno. No caso brasileiro, a CRFB estabeleceu um procedimento por meio de atos complexos que dependem da vontade concordante do Poder Executivo e do Legislativo, o que se convencionou chamar de teoria da junção de vontades¹⁶⁴.

Ainda assim, neste caso, eventual mutação informal veiculada pela incorporação de tratados internacionais no ordenamento interno seria também promovida por um ato de vontade concordante de instituições políticas diferentes. Como veremos adiante, com relação ao caso da prisão civil do depositário infiel no Brasil, a mutação informal, além da vontade alinhada do Executivo e do Legislativo, precisou ainda da intervenção do Supremo Tribunal Federal (STF).

¹⁶² SARMENTO; SOUZA NETO, op. cit., 2017, p. 344-345. Em sentido semelhante, porém com acréscimo dos costumes, cfr. BARROSO, op. cit., 2018, p. 93.

¹⁶³ Nesse sentido, “a mutação sempre se origina por meio de uma conduta de um dos órgãos do poder político. Mesmo as mutações oriundas de fatos, como o costume e o desuso, só são reconhecidas efetivamente como uma mutação a partir do momento em que são adotadas por um órgão do poder político”. Cfr. MELO, op. cit., 2019, p. 77.

¹⁶⁴ RAMOS, op. cit., 2020, p. 353-354.

No que concerne aos limites das mutações, é necessário observar, de antemão, que as mutações informais, enquanto fenômenos observáveis na realidade social, são inevitáveis. Assim sendo, e por se tratar de uma forma de alteração constitucional, o fenômeno também deve se submeter a limites jurídicos, com muito mais razão do que acontece com as alterações formais, que são promovidas pelo legislador constituinte e possuem maior legitimidade democrática.

Como já foi dito, a mutação é um fenômeno de difícil conceituação e delimitação e o mesmo raciocínio se aplica aos seus limites jurídicos, cuja sistematização não encontra harmonia doutrinariamente.

Em termos sintéticos, a doutrina atual costuma apontar a existência de duas espécies de limites. O primeiro limite pugna pelo respeito ao texto constitucional, ou seja, às possibilidades semânticas de interpretação do texto, e o segundo limite pressupõe o respeito ao compromisso político fundamental relacionado com a identidade constitucional¹⁶⁵.

No que tange ao respeito pela semântica do texto da Constituição, isso significa que não se pode atribuir qualquer sentido ao texto formal da Constituição. A interpretação constitucional deve observar um método adequado e não pode ser interpretada por convicções políticas do intérprete. Não se trata de limitar as mutações informais a uma interpretação literal do texto constitucional, mas a uma interpretação de acordo com os métodos adequados de interpretação e que não contrariem o texto constitucional como um todo. O mesmo raciocínio aplica-se aos costumes constitucionais, que, quando fonte de mutações, também devem se circunscrever às possibilidades semânticas do texto.

As normas constitucionais nascem de uma função entre o programa normativo (expressão literal do texto) e o âmbito normativo (realidade circundante). O âmbito normativo altera-se com o tempo, logo a norma concretizada pode ser modificada sem que o programa normativo o seja¹⁶⁶. Nesse caso, a mutação informal será adequada à semântica do texto quando respeitar o programa normativo posto pelo texto constitucional¹⁶⁷.

¹⁶⁵ Nesse sentido, cfr. MORAIS, op. cit., 2018, p. 249-254; BARROSO, op. cit., p. 91-93. De forma mais aprofundada, sob o nome de parâmetros normativos, cfr. PEDRA, op. cit., 2017, p. 191-306; MELO, op. cit., 2019.

¹⁶⁶ PEDRA, op. cit., 2017, p. 2 e 198.

¹⁶⁷ MORAIS, op. cit., 2018, p. 250. O autor refere-se, nesse caso, a mutações de fonte jurisprudencial. Contudo, entende-se que a explicação pode ser estendida às mutações

Em adição, a mutação informal deve respeitar o compromisso político fundamental relacionado com a identidade constitucional, o espírito da Constituição. Uma mutação informal que altere materialmente o sentido de princípios estruturantes da identidade constitucional viola normatividade constitucional e deve ser considerada inconstitucional, sob pena de o transcurso do tempo sem resistência significar a ocorrência de fraude ou transição constitucional¹⁶⁸.

Nesse ponto existe uma certa concordância doutrinária em apontar a identidade constitucional como limite axiológico das mutações informais. Ocorre que se trata de um conceito indeterminado, o que traz algumas dificuldades no momento da aplicação ao caso concreto. Por conta disso, em termos práticos, entende-se adequado relacionar esse limite axiológico das mutações com os limites materiais de revisão constitucional. Embora também tenham certa carga de indeterminação, possuem a vantagem de serem enumerados em algumas Constituições como cláusulas pétreas, o que os torna mais determináveis na elucidação do caso concreto^{169/170}.

Em conclusão, sustenta-se ser possível estabelecer, como limites às mutações informais, a semântica do texto constitucional e os limites materiais de revisão. Tais limites podem ser considerados como filtros sequenciais, no sentido de que uma determinada mutação deve ser analisada, inicialmente, em relação à semântica do texto e, em seguida, em relação aos limites materiais.

3.4. Alterações constitucionais e a identidade constitucional

A identidade constitucional é um instituto jurídico cujo conceito começou a ser desenvolvido pela doutrina alemã no contexto da Constituição de Weimar de 1919. Destacam-se, nesse âmbito, as teses de Carl Schmitt e Carl Bilfinger. O conceito foi mais bem delimitado pela Corte Constitucional alemã ainda no Século XX, principalmente nas conhecidas decisões Solange I e II e sobre o Tratado de Lisboa, no contexto da integração europeia¹⁷¹.

provenientes de outras fontes, pois, na maioria dos casos, a mutação será concretizada pela interpretação constitucional proposta por atos executivos, legislativos ou pela jurisprudência.

¹⁶⁸ Ibid.; BARROSO, op. cit., 2018, p. 91-93.

¹⁶⁹ Nesse sentido, “os limites impostos [à mutação constitucional] pelo sistema [constitucional como um todo] praticamente se confundem com aqueles representados pelas cláusulas pétreas”. Cfr. SARMENTO; SOUZA NETO, op. cit., 2017, p. 358.

¹⁷⁰ O conceito de identidade constitucional será melhor analisado no tópico seguinte, inclusive será mais bem explicada a relação com os limites materiais.

¹⁷¹ Sobre o desenvolvimento do instituto no constitucionalismo alemão, cfr. POLZIN, Monika. Constitutional identity, unconstitutional amendments and the idea of constituent power: the development of the doctrine of constitutional identity in German constitutional law. *International*

No contexto do Direito da União Europeia, costuma-se associar a identidade constitucional ao instituto da identidade nacional, constante do art. 4º, n. 2, do Tratado da União Europeia. Este último, por sua vez, relaciona-se com a doutrina da margem de apreciação desenvolvida pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH). Trata-se de conceitos diferentes, embora relacionados¹⁷².

No quadrante do constitucionalismo norte-americano, a identidade constitucional recebeu contornos diferentes. Nesse sentido, são relevantes os trabalhos de pesquisa de Gary Jacobsohn¹⁷³ e Michel Rosenfeld¹⁷⁴.

A despeito disso, o conceito e as principais características da identidade constitucional ainda carecem de melhor sistematização, principalmente por se tratar de um conceito abstrato e indeterminado¹⁷⁵.

O fato de ser um instituto cuja finalidade consiste em restringir o poder de alteração constitucional, criando uma suposta tensão entre princípios caros ao constitucionalismo e à democracia, reforça a necessidade de se procurar distinguir com mais objetividade contornos e limites do instituto.

O objetivo deste tópico é apresentar as características gerais do conceito de identidade constitucional que será adotado neste trabalho, bem como sua relação com os limites materiais ao poder de revisão da Constituição e, por fim, o panorama geral da identidade da Constituição portuguesa de 1976. Não se propõe, nesta oportunidade, solucionar o problema da falta de delimitação dos contornos e limites do instituto, conforme referido acima.

3.4.1. O conceito de identidade constitucional

Journal of Constitutional Law, v. 14, n. 2, p. 411-438, abr. 2016. Disponível em: <<https://academic.oup.com/icon/article/14/2/411/2526810>>. Acesso em: 16 mar. 2020.

¹⁷² Para se ter um panorama geral da identidade constitucional no contexto da integração europeia, cfr. ARNAIZ, Alejandro Saiz; LLIVINA, Carina Alcoberro (Org.). *National constitutional identity and European integration*. Cambridge: Intersentia, 2013.

¹⁷³ JACOBSON, Gary Jeffrey. *Constitutional identity*. Cambridge: Harvard University Press, 2010.

¹⁷⁴ ROSENFELD, Michel. Constitutional identity. In: ROSENFELD, Michel; SAJÓ, András (Org.). *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. New York: Oxford University Press, 2012, p. 756-776; ROSENFELD, Michel. *The identity of the constitutional subject: selfhood, citizenship, culture, and community*. Londres: Routledge, 2010.

¹⁷⁵ Nesse sentido, cfr. MARTI, José Luis. Two Different Ideas of Constitutional identity: identity of the Constitution v. identity of the people. In: ARNAIZ, Alejandro Saiz; LLIVINA, Carina Alcoberro (Org.). *National constitutional identity and European integration*. Cambridge: Intersentia, 2013, p. 17-36.

O conceito de identidade constitucional possui íntima relação com os limites materiais (implícitos e expressos) de emenda à Constituição, mas não se confundem e nem surgiram nos mesmos contextos histórico-políticos.

No âmbito do constitucionalismo moderno, a existência de limites materiais implícitos às emendas constitucionais começou a ser discutida na doutrina e na Suprema Corte norte-americanas pelo menos desde 1789. O debate veio a florescer apenas nas primeiras décadas do Século XX, principalmente por ocasião das discussões relativas à Decima Oitava Emenda, que tratava da proibição de produção e comercialização de bebidas alcoólicas, aprovada em 1919. Sustentava-se que a referida emenda violava limites materiais implícitos como, por exemplo, o sistema federativo por meio do qual se organizavam os Estados Unidos, ou seja, o balanceamento de poderes entre o governo federal e os governos estaduais^{176/177}.

Todavia, o fenômeno dos limites materiais veio a ser consolidado apenas no cenário após a Segunda Guerra Mundial, embora já existissem tais restrições desde as primeiras experiências constitucionais, a exemplo dos Estados Unidos e da França, berço das revoluções. Antes da guerra, as cláusulas pétreas expressas restringiam, em geral, apenas mudanças na forma de governo; após a guerra, tornaram-se mais extensas e passaram a proteger também os direitos fundamentais¹⁷⁸.

Por outro lado, o conceito da identidade constitucional veio a ser debatido apenas no Século XX, no período entreguerras, no contexto alemão.

3.4.1.1. A identidade constitucional na doutrina e jurisprudência alemã

O conceito começou a ser desenvolvido por Carl Schmitt no contexto de vigência da Constituição de Weimar de 1919. Naquela época, a Constituição alemã era rígida, mas não estabelecia limites materiais expressos ao poder de revisão. A ideia da identidade constitucional foi desenvolvida a partir de 1928 justamente para sustentar a existência de limites materiais implícitos ao poder de revisão. Schmitt estabeleceu uma

¹⁷⁶ ROZNAI, Yaniv. *Unconstitutional constitutional amendments: the limits of amendment powers*. Oxford: Oxford University Press, 2019, p. 39-42. Para um resumo dos argumentos usados e discutidos à época, cfr. DOOD, W. F., Amending the federal constitution. *Yale Law Journal*, v. 30, n. 4, p. 321-354, fev. 2021. Disponível em: <<https://digitalcommons.law.yale.edu/ylj/vol30/iss4/1>>. Acesso em: 23 mar. 2020. Em especial, p. 332.

¹⁷⁷ Importa destacar o contributo que a *basic structure doctrine*, originada na Índia, prestou ao desenvolvimento teórico dos limites materiais implícitos às alterações constitucionais. Ibid., p. 39-70.

¹⁷⁸ Ibid., p. 19-21.

diferença entre normas constitucionais fundamentais e normas constitucionais ordinárias e sustentou que, de acordo com o dispositivo constitucional que disciplinava as emendas à época, o poder constituído (poder constituinte derivado) poderia alterar somente as normas constitucionais ordinárias. Segundo a tese dele, somente o constituinte originário poderia alterar as normas constitucionais essenciais^{179/180/181}.

De acordo com Carl Schmitt, a autoridade de emenda, conferida pela própria Constituição, deveria ser exercida sob a condição de que a identidade e a continuidade da Constituição como um todo fossem preservadas. Não se tratava de uma autoridade para estabelecer uma nova Constituição¹⁸².

A Lei Fundamental alemã de 1949, ao contrário da Constituição de Weimar, estabelece limites materiais expressos ao poder de revisão, conforme consta de seu art. 79, n. 3¹⁸³. Esse dispositivo, que estabelece as cláusulas pétreas, é associado à ideia de que as emendas constitucionais devem respeitar as decisões políticas fundamentais do constituinte originário e a identidade constitucional. Dessa vez, a associação do instituto com as cláusulas pétreas expressas não tem relação direta com a teoria de Schmitt, que ligava a identidade constitucional aos limites materiais implícitos. A partir de 1982, pela obra de Brun-Otto Bryde¹⁸⁴, *Verfassungsentwicklung* (desenvolvimento constitucional),

¹⁷⁹ POLZIN, op. cit., 2016, p. 416-421.

¹⁸⁰ A identidade constitucional já havia sido entoada por Aristóteles, mas se tratava de um contexto diferente daquele que constitui objetivo da análise, que é centrada no constitucionalismo moderno. ROSENFELD, op. cit., 2012, p. 756-757.

¹⁸¹ Na mesma época que Schmitt, Carl Bilfinger também desenvolvia suas noções sobre identidade constitucional enquanto limites implícitos às emendas constitucionais, mas em outras bases. De qualquer forma, foi a teoria de Schmitt que acabou por ser mais difundida. Cfr. POLZIN, op. cit., 2016, p. 415-419.

¹⁸² O parágrafo corresponde a uma tradução livre, com adaptações, do seguinte trecho: “*The authority to ‘amend the constitution’ (...) only under the presupposition that the identity and continuity of the constitution as an entirety is preserved. This means the authority for constitutional amendment (...) preserve the constitution itself. It is not the authority to establish a new constitution (...). For example, it is not permissible to use the qualified majority procedure of Art. 76 to change Art. 76 such that constitutional amendments are undertaken through simple majority decisions of the Reichstag*”. SCHMITT, Carl. *Constitutional theory*. Tradução Jeffrey Seitzer. Durham: Duke University Press, 2008, p. 150.

¹⁸³ O art. 79, n. 3, dispõe: “*Amendments to this Basic Law affecting the division of the Federation into Länder, their participation on principle in the legislative process, or the principles laid down in Articles 1 and 20 shall be inadmissible*”. ALEMANHA. *Basic Law*. Disponível em: <<https://www.bundesregierung.de/breg-en/chancellor/basic-law-470510>>. Acesso em: 16 mar. 2020.

¹⁸⁴ Brun-Otto Bryde foi juiz da Corte Constitucional alemã entre janeiro de 2001 e fevereiro de 2011.

desenvolveu-se uma teoria da identidade constitucional desassociada do art. 79 da Lei Fundamental¹⁸⁵.

A caracterização de uma identidade constitucional não relacionada com as cláusulas pétreas expressas seria um retorno às ideias de Schmitt e a reafirmação da existência de limites materiais implícitos ao poder de revisão constitucional.

O contributo da Corte Constitucional alemã realizou-se por etapas e sempre esteve relacionado com os limites impostos pela Lei Fundamental alemã à integração europeia. Nas decisões Solange I, em 1974, e Solange II, em 1986, a Corte decidiu que disposições do direito europeu não poderiam alterar a identidade constitucional alemã, uma vez que tal permissão não poderia ser deduzida do art. 24, n. 1, da Lei Fundamental. Esse dispositivo constitucional permitia a transferência de parcelas da soberania a organizações internacionais. Em 1992, o art. 23, n. 1, foi introduzido à Lei Fundamental como fundamento constitucional para a transferência de parceladas da soberania à União Europeia. Nesse caso, o próprio dispositivo expressamente determinava que o art. 79, n. 3, que estabelecia as cláusulas pétreas expressas, deveria ser observado para o fim. A partir de então não foi necessário invocar a identidade constitucional para sustentar os limites à transferência da soberania¹⁸⁶.

Em 2009, com a decisão que tratou da constitucionalidade do ato de aprovação do Tratado de Lisboa, a Corte Constitucional voltou a relacionar o conceito de identidade constitucional às cláusulas pétreas constantes do art. 79, n. 3. Nos termos da decisão, tendo em vista que nenhum dos poderes constituídos pela Constituição possui o poder de alterar os princípios essenciais constantes do art. 79, n. 3, a Corte declarou que a violação da identidade constitucional constante do art. 79 representa uma usurpação do poder constituinte do povo¹⁸⁷.

A despeito de todo esse desenvolvimento, Polzin sustenta que ainda não está claro se o conceito de identidade constitucional, na visão da Corte Constitucional, se resume às cláusulas pétreas expressas no art. 79, n. 3, ou se se trata de um conceito que transcende os limites materiais expressos. A despeito dessa dúvida, a professora alemã

¹⁸⁵ POLZIN, op. cit., 2016, p. 424-426.

¹⁸⁶ Ibid., p. 426-429.

¹⁸⁷ Tradução livre para o seguinte trecho: “*From the perspective of the principle of democracy, the violation of the constitutional identity codified in article 79.3 of the Basic Law is at the same time an encroachment upon the constituent power of the people. (...) No constitutional body has been granted the power to amend the constitutional principles which are essential pursuant to article 79.3 of the Basic Law (...)*”. Cfr. Ibid., p. 429-431.

defende que os conceitos estão de alguma forma ligados na Constituição alemã, uma vez que os valores consagrados no art. 79, n. 3, fazem parte da identidade constitucional alemã¹⁸⁸.

Portanto, verifica-se que a doutrina e a Corte Constitucional alemã foram erráticos na tarefa de situar dogmaticamente o instituto da identidade constitucional, associando-o a pretensos limites materiais implícitos quando não existia previsão de cláusulas pétreas expressas, mas, em outro momento, ligando-o às cláusulas pétreas expressas.

3.4.1.2. A identidade constitucional no constitucionalismo norte-americano

Outro contributo importante de juristas mais contemporâneos vem dos Estados Unidos, com destaque para Michel Rosenfeld¹⁸⁹ e Gary Jacobsohn¹⁹⁰. Trata-se de uma abordagem diferente¹⁹¹. O conceito exposto com base na doutrina alemã trata a identidade da Constituição associada a uma série de valores e princípios essenciais à ordem constitucional. Por outro lado, o conceito que costuma ser abordado nos Estados Unidos, principalmente por Rosenfeld, é relacionado com a identidade do povo enquanto identidade de uma coletividade regulada pela Constituição^{192/193}.

Rosenfeld sustenta que não há um consenso sobre o conceito de identidade constitucional no constitucionalismo moderno, havendo quem a caracterize a partir das características principais da Constituição, a partir da relação da Constituição com a cultura em que se insere ou a partir da relação com as demais identidades relevantes, como identidade nacional, religiosa ou ideológica. Em outras palavras, há três significados distintos por meio dos quais costumam caracterizar a identidade

¹⁸⁸ Ibid., p. 429-432.

¹⁸⁹ ROSENFELD, op. cit., 2012, p. 756-776; e ROSENFELD, op. cit., 2010.

¹⁹⁰ JACOBSON, op. cit., 2010.

¹⁹¹ Sobre as diferentes abordagens no contexto norte-americano e europeu, cfr. MARTI, op. cit., 2013, p. 17-36.

¹⁹² Rosenfeld destaca que seu entendimento é diferente do de Michel Troper, que segue a abordagem alemã de caracterizar a identidade constitucional como o conjunto de princípios essenciais. Para Rosenfeld e Jacobsohn, a identidade constitucional permite estabelecer relações entre a Constituição e o contexto em que ela se insere, incluindo-se aí diversas outras identidades que se interrelacionam. Cfr. ROSENFELD, op. cit., 2012, p. 756-761.

¹⁹³ Mesmo na doutrina norte-americana há certa discordância. O conceito adotado por Jacobsohn procura examinar a identidade da Constituição, ao passo que o de Rosenfeld aborda a identidade do povo enquanto sujeito constitucional. O primeiro aproxima-se, portanto, do conceito desenvolvido na Alemanha. Para mais detalhes, cfr. BUI, Ngoc Son. Globalization of Constitutional Identity. *Washington International Law Journal*, v. 26, n. 3, p. 463-533, jun. 2017. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3009041>>. Acesso em: 16 mar. 2020. Em especial, cfr. p. 466, 468-70.

constitucional. Um deles concebe a identidade que provém do simples fato de se ter uma Constituição. Outro entende que o conteúdo de uma certa Constituição fornece distintos elementos de identidade. Por fim, o último sustenta que o contexto em que uma Constituição opera fornece elementos que moldam a referida identidade¹⁹⁴.

A partir disso, defende que os conceitos de identidade constitucional e nacional não se confundem. Explica que a identidade nacional dos Estados modernos foi forjada entre estranhos que habitavam a mesma unidade territorial e não necessariamente se relacionavam, por meio da criação de uma coletividade imaginada, em substituição a ordens coletivas teocráticas menores. A identidade constitucional, que, segundo ele, transcende o conteúdo de uma Constituição em particular, formou-se a partir das primeiras Constituições elaboradas no período pós-revolucionário^{195/196}.

Acerca da localização da identidade constitucional, Rosenfeld aponta que Michel Troper situa a identidade constitucional na própria Constituição, ao nível dos princípios essenciais que a compõem. Rosenfeld, por outro lado, discorda e adota uma perspectiva mais ampla, segundo a qual a identidade constitucional permite relacionar a Constituição, o contexto em que se insere, os sujeitos responsáveis por editá-la e aqueles a quem ela se destina¹⁹⁷.

O jurista propõe uma interessante reflexão e mostra que, embora a interpretação também molde a identidade constitucional, a identidade constitucional acaba por influenciar a interpretação constitucional, principalmente no âmbito da Justiça Constitucional. Para o primeiro caso, cita o exemplo do famoso caso *Roe v. Wade*, em que a Suprema Corte reconheceu o direito ao aborto e mudou significativamente a identidade da Constituição norte-americana. No segundo caso, em sentido inverso, menciona o fato de que a Corte Constitucional alemã considerou constitucional a proibição criminal de negação do Holocausto, enquanto a mesma questão de negação do

¹⁹⁴ ROSENFELD, op. cit., 2012, p. 756-757.

¹⁹⁵ Ibid., p. 758-759; ROSENFELD, op. cit., 2010, p. 11-12 e 18. A título de exemplo, ele sustenta ser perfeitamente concebível imaginar a França ou a Alemanha da época sem que se faça referência a uma Constituição, ou seja, a existência de uma identidade nacional precedente à identidade constitucional.

¹⁹⁶ Jorge Miranda também distingue a identidade do Estado da identidade constitucional, uma vez que o Estado precede a Constituição e que “cada Constituição representa apenas um momento da sua marcha histórica”. Para ele, a identidade constitucional representa um limite imanente ao próprio constituinte originário. MIRANDA, op. cit., 2013b, p. 144. No mesmo sentido, sobre a diferenciação entre identidade nacional e identidade constitucional, cfr. QUEIROZ, Cristina. *Direito Constitucional internacional*. Lisboa: Petrony, 2016.

¹⁹⁷ ROSENFELD, op. cit., 2012, p. 760.

Holocausto é considerada protegida pela liberdade de expressão nos Estados Unidos. É uma demonstração de que a identidade constitucional de cada país moldou a forma como cada Constituição é interpretada, a despeito de o princípio da liberdade de expressão ser regulado por dispositivos semelhantes¹⁹⁸.

Portanto, sob uma perspectiva diferente da apresentada no contexto alemão, o instituto da identidade constitucional, no cenário norte-americano, é visto por uma lente mais ampla, relacionando a Constituição, o contexto em que se insere, os sujeitos responsáveis por editá-la e aqueles a quem ela se destina, em que se destaca uma influência recíproca entre identidade e interpretação constitucional.

3.4.2. A identidade constitucional portuguesa

Paulo Otero¹⁹⁹, em seu livro sobre Direito Constitucional português, a despeito de se referir especificamente à CRP, desenvolve com detalhes o conceito de identidade constitucional e busca delimitar os principais contornos da identidade constitucional portuguesa. Em sua obra, a identidade constitucional é examinada em três subespécies: axiológica, estrutural e relacional.

De acordo com a tese apresentada, cada Constituição possui sua identidade axiológica. Não se trata de uma realidade empírica, mas de uma construção dogmática que representa uma ordem de valores específica e revela a concepção política dominante²⁰⁰. A identidade axiológica não se prende ao texto originário da Constituição, pois possui autonomia evolutiva e mantém os valores dominantes abertos à mutabilidade histórica. Assim, ela pode evoluir, mesmo que o texto permaneça inalterado^{201/202}.

A identidade axiológica pode ser dividida em quatro aspectos principais, são eles: a ideia de Direito subjacente à ordem jurídica, os fins do projeto político, o modelo de inserção externa e a organização interna do Estado. Nessa linha, a identidade axiológica da CRP reflete as características qualificadoras de um Estado: de direitos humanos, de direito democrático, de soberania internacionalizada e europeizada e unitário

¹⁹⁸ Ibid., p. 771-772.

¹⁹⁹ OTERO, op. cit., 2010a.

²⁰⁰ Isso não exclui a potencial existência de conflitos entre valores antagônicos provenientes de um acordo político entre membros de uma sociedade plural. Nessa situação, não havendo hierarquia entre esses valores, a interpretação constitucional adequada deve harmonizá-los. Cfr. OTERO, op. cit., 2010a, p. 24-25.

²⁰¹ Ibid., p. 21-22 e 26.

²⁰² O exemplo mais emblemático atual é a Constituição norte-americana, cuja identidade axiológica evoluiu consideravelmente sem que seu texto tenha sido alterado na mesma proporção. Talvez a identidade constitucional tenha sido inclusive transfigurada.

descentralizado. O jurista português opina que o elenco dos limites materiais de revisão constitucional, no caso o atual art. 288 da CRP, representa “indícios reveladores de bens jurídico-constitucionais consubstanciadores da identidade da Constituição”²⁰³.

A identidade axiológica reflete basicamente três efeitos: ela determina um dever positivo com vistas a implementar os referidos valores; estabelece um valor negativo no sentido de não contrariar os referidos valores previstos; e reflete um princípio geral de interpretação da ordem jurídica com base nos valores dispostos²⁰⁴.

Ainda de acordo com ele, a identidade axiológica da Constituição pode evoluir por meio de vários instrumentos, seja por alterações expressas, com mudança formal do texto, ou por alterações implícitas, mesmo que o texto permaneça inalterado, como no caso dos usos e costumes constitucionais. Essa evolução natural da identidade axiológica possui um limite, que, se ultrapassado, representará uma substituição da Constituição material, o que ele denomina de transição constitucional²⁰⁵.

A identidade estrutural pode ser representada por duas características principais. Em primeiro lugar, trata-se de uma Constituição compromissória, que, desde a concepção inicial até as sucessivas revisões, procurou acomodar correntes ideológicas diversas. Em segundo lugar, traduz a ideia de uma Constituição aberta e plural, fundada na dignidade humana. Tal abertura pressupõe admitir a constante evolução do projeto político, seja em termos estruturais, normativos ou políticos, mas observados limites que preservam a própria identidade estrutural. Entre esses limites encontram-se as cláusulas pétreas, o sistema de fiscalização de constitucionalidade e a própria cláusula do Estado de Direito democrático²⁰⁶.

A identidade relacional cuida de uma dimensão relativa da identidade constitucional que se liga ao passado. O que caracteriza a identidade relacional é o alinhamento, em termos históricos, a uma determinada “família constitucional”, ou seja, a uma determinada tradição constitucional. É a “história constitucional do respectivo país”, que pode refletir influências de experiências constitucionais anteriores do próprio país ou de experiências constitucionais estrangeiras, vigentes ou não. A identidade

²⁰³ OTERO, op. cit., 2010a, p. 22-23.

²⁰⁴ Ibid., p. 23-24.

²⁰⁵ Ibid., p. 26-27.

²⁰⁶ Ibid., p. 155-206.

relacional, contudo, “não anula a existência de uma identidade absoluta de cada Constituição”²⁰⁷.

3.4.3. Posição adotada sobre a identidade constitucional

Os contornos distintos que o conceito de identidade constitucional recebeu na experiência europeia (com destaque para a tradição alemã) e norte-americana talvez possam ser explicados, ao menos em parte, pela forma diferente como o constitucionalismo se desenvolveu nos dois contextos.

Já foi explicado que a ideia da supremacia da Constituição consolidou-se na experiência do constitucionalismo norte-americano desde o princípio. Ao contrário, a maioria dos países europeus preconizava inicialmente a supremacia do parlamento, realidade que se inverteu apenas após a Segunda Guerra Mundial.

A Constituição dos Estados Unidos, em vigor desde 1789, estabeleceu desde o início um processo de emenda constitucional complexo, o que a tornou, na prática, muito rígida. Assim, embora a Constituição tenha sido formalmente emendada por 27 vezes ao longo de 231 anos de vigência²⁰⁸, existe o reconhecimento de que a Constituição material que vigora hoje é bem diferente daquela extraída no momento de sua criação²⁰⁹.

Nesse contexto, mostra-se mais razoável situar a identidade constitucional norte-americana não apenas ao nível dos princípios essenciais que compõem a Constituição, mas na relação entre ela, o contexto de mais de 230 anos de vigência em que se insere, os sujeitos responsáveis por editá-la e aqueles a quem ela se destina. Essa é justamente a posição de Rosenfeld²¹⁰.

Por outro lado, a experiência do constitucionalismo europeu continental, principalmente o caso alemão estudado, amolda-se ao conceito de identidade

²⁰⁷ Ibid., p. 245-251. Para mais detalhes sobre a “transfiguração” da CRP. cfr. p. 207-241.

²⁰⁸ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Constitution of the United States*. Disponível em: <https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm>. Acesso em: 20 mar. 2020.

²⁰⁹ Bruce Ackerman explica o fenômeno por meio da teoria dos momentos constitucionais, que busca dissociar as manifestações do poder constituinte da necessidade de formalização de novos textos constitucionais. Cfr. SARMENTO; SOUZA NETO, op. cit., 2017, p. 274; ACKERMAN, Bruce. *We the people: transformations*. V. 2. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2001.

²¹⁰ A título de exemplo, a comparação entre interpretação e concretização do princípio da igualdade ao longo da vigência da Constituição norte-americana mostra como a identidade constitucional foi atualizada com o tempo, ao menos no que toca à questão da igualdade. Para uma perspectiva sobre a evolução do princípio da igualdade na Constituição norte-americana, cfr. SARMENTO; SOUZA NETO, op. cit., 2017, p. 341-342.

constitucional que a situa principalmente nos princípios essenciais de cada Constituição e a relaciona com os limites materiais ao poder de emenda constitucional.

Isso porque a Lei Fundamental alemã de 1949, em comparação com a norte-americana, é mais detalhada, mais recente e menos rígida²¹¹. O fato de ser mais detalhada e menos rígida tende a aproximar o exercício de interpretar e concretizar a Constituição ao que dispõe o texto constitucional. O fato de ser mais recente torna mais provável que o texto constitucional reflita com maior fidedignidade os valores do povo a quem se destina. Além disso, são substancialmente distintas as identidades constitucionais alemãs em cada contexto de sua história constitucional^{212/213}.

O conceito de identidade constitucional que será adotado neste trabalho é aquele que remete ao “conjunto de normas e princípios estruturantes de uma determinada ordem jurídico-constitucional”²¹⁴. Ela é formada, basicamente, pelas características essenciais do regime político, entre elas sistema de governo, direitos fundamentais, organização política e paradigma prestacional do tipo de Estado²¹⁵.

3.4.4. A relação entre identidade constitucional e limites materiais

Demonstrou-se, no item 3.4.1.1, que o desenvolvimento da teoria da identidade constitucional no constitucionalismo alemão oscilou entre associá-la aos limites materiais implícitos quando não existia previsão de cláusulas pétreas expressas, mas, em outro momento, às cláusulas pétreas expressas.

Mencionou-se, no item 3.4.2, de acordo com a obra de Paulo Otero, que o rol de cláusulas pétreas, nos casos em que são positivadas, representa um indício dos valores

²¹¹ Por exemplo, as Constituições dos Estados Unidos e da Alemanha, respectivamente: possuem 7.807 e 11.849 palavras; foram emendadas 27 vezes ao longo de 231 anos e 62 vezes ao longo de 71 anos. Os dados (extraoficiais e aproximados, até o fim de 2019) foram obtidos em: <https://www.constituteproject.org>; <https://www.deutschland.de/en/topic/politics/german-basic-law-the-key-facts>; e ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Constitution of the United States*, loc. cit.

²¹² A Constituição de 1871, por exemplo, estabelecia um regime político monárquico, sem limites materiais expressos, e se colocava quase na mesma hierarquia em comparação à legislação infraconstitucional. A Constituição de Weimar situava-se no contexto de inauguração do Estado Social. Com um regime político republicano, também não estabelecia limites materiais expressos, embora previsse um procedimento mais gravoso para alterações constitucionais. Cfr. POLZIN, op. cit., 2016, p. 414-418.

²¹³ A Lei Fundamental de 1949, por fim, foi criada em um contexto pós-guerra de consolidação da supremacia constitucional e de positivação de catálogos de direitos fundamentais. Cada contexto foi responsável por desenvolver uma identidade constitucional distinta, muito mais baseada na Constituição material vigente em cada período.

²¹⁴ Cfr. GOMES CANOTILHO, op. cit., 2017, p. 121.

²¹⁵ Cfr., com adaptações, MORAIS, op. cit., 2018, p. 244.

que conformam a identidade axiológica. A observação mostra-se adequada, pois aponta que se trata de um indício.

Buscar-se-á explicar, neste item, que as cláusulas pétreas expressas não se confundem com a identidade constitucional, embora estejam intimamente relacionadas.

A teoria constitucional desenvolvida inicialmente na gênese do constitucionalismo moderno deve ser harmonizada com a vivência constitucional experimentada nesses mais de dois séculos, pois a teoria não consegue perdurar se se desconectar por completo da prática.

O constitucionalismo moderno nasceu com o objetivo de limitar o exercício do poder político, em um contexto em que se reconhecia soberania estadual interna e externa²¹⁶. Na ordem interna, reconhecia-se a divisão entre um poder constituinte, superior e capaz de estabelecer uma nova ordem constitucional, e os poderes constituídos, capazes de alterar a Constituição, mas àquele submetidos. Essa distinção entre poder constituinte e poderes constituídos justificava a admissão de limites materiais implícitos às alterações constitucionais.

Em resposta aos acontecimentos ocorridos no contexto da Segunda Guerra e no âmbito de um modelo de Estado Social, consagrou-se a ideia da supremacia constitucional, fundamento axiológico da rigidez e da fiscalização de constitucionalidade. Difundiu-se, também, a prática de estabelecer um rol de direitos fundamentais e limites materiais expressos às alterações constitucionais, do qual os direitos fundamentais passaram a fazer parte, em geral. Era um movimento de intensificação dos limites ao exercício do poder político. No suposto antagonismo entre constitucionalismo e democracia, um reforço do primeiro em detrimento do segundo.

No contexto de crise do Estado Social e migração para um modelo de Estado ainda sem contornos perfeitamente definidos, mas em que se destacam aspectos como o deslocamento de parcelas da soberania a agentes internacionais ou supranacionais, globalização política, econômica e livre circulação de capitais, surge a necessidade prática de realinhar Constituições que ainda refletem, em seu texto, paradigmas jurídico-constitucionais de certa forma incompatíveis com o modelo que se vem desenvolvendo. Trata-se de uma necessidade imposta pela economia e pela política em um mundo

²¹⁶ No modelo desenhado a partir dos Tratados de Vestfália, existia nítida separação entre os domínios doméstico e internacional dos Estados nacionais, admitindo, neste último, apenas formas tênues de cooperação. Cfr. MEDEIROS, op. cit., 2015, p. 46.

globalizado cuja inserção parece irresistível, tendo em vista a dependência, por parte dos Estados, por exemplo, do capital privado que circula livremente²¹⁷.

Diz-se que os paradigmas jurídico-constitucionais do passado são incompatíveis com o modelo em desenvolvimento porque já não se concebe da mesma forma, por exemplo, a ideia de soberania, a incondicionalidade prática do poder constituinte e as limitações ao poder constituído de alteração constitucional. Em hipótese, uma nova ordem constitucional que seja formada no Século XXI e não compartilhe de valores importantes de um suposto constitucionalismo cosmopolita não consegue se integrar econômica e politicamente se não alterar sua ordem constitucional para se adaptar a esses valores, a não ser que possua alguma importância estratégica extraordinária, como acontece, a título de exemplo, com a Federação Russa ou a China. São interações políticas e que não se referem diretamente ao Direito, mas, na prática, a teoria constitucional acaba tendo que se adaptar.

Nesse cenário, o constitucionalismo acaba por ser obrigado a se curvar à realidade dos fatos. Fala-se em adaptação e não em negação. Assim, considera-se adequado promover uma interpretação restritiva do conteúdo abstrato da identidade constitucional e admitir uma certa relativização dos limites materiais às alterações constitucionais. Uma tal adequação significa, no fundo, adaptar a teoria constitucional no sentido de fortalecer os poderes constituídos em detrimento do poder constituinte originário²¹⁸.

Essa conclusão baseia-se em uma premissa que reconhece a existência de limites materiais implícitos às alterações constitucionais. Ao se aceitar a existência desses limites, consequentemente se enfraquece o conteúdo dos limites materiais expressos, quando existentes, principalmente nos casos de ordens constitucionais que prevejam elencos numerosos de cláusulas pétreas.

²¹⁷ Não se trata, neste caso, de promover uma “interpretação econômica da Constituição”, a que se refere Balaguer Callejón, mas de reconhecer que a força dos fatos políticos se impõe e requer não a negação da teoria constitucional, mas uma adaptação. Sobre a interpretação econômica da Constituição, cfr. BALAGUER CALLEJÓN, Francisco. Las dos grandes crisis del constitucionalismo frente a la globalización en el Siglo XXI. *Revista de derecho constitucional europeo*, n. 30, jul./dez. 2018. Disponível em: <<https://www.ugr.es/~redce/REDCE30/ReDCEsumario30.htm>>. Acesso em: 31 mar. 2020.

²¹⁸ O cenário desenhado provavelmente não se observa em boa parte dos países, pois cada um possui sua experiência constitucional concreta. Trata-se, no caso, especificamente da CRP e da CRFB. O constitucionalismo norte-americano, embora provenha de uma tradição distinta, também pode servir de exemplo, muito por conta do longo prazo de vigência de sua Constituição.

A título de esclarecimento, defende-se uma interpretação restritiva do conceito de identidade constitucional para abarcar apenas as principais características da ordem constitucional e a relativização dos limites materiais expressos que não se amoldem, numa perspectiva sistemática e teleológica, aos valores constantes da identidade constitucional interpretada restritivamente.

Algumas das desvantagens desta posição são: o risco de decisionismos na avaliação concreta de alterações constitucionais tendo como parâmetro o conceito indeterminado de identidade constitucional e a relativização dos limites materiais de revisão; e o risco de se subverter uma ordem constitucional democrática em que seja reconhecida uma “vontade de constituição”²¹⁹. Do outro lado da moeda, a vantagem é manter a coesão da comunidade política em torno da mesma “vontade de constituição”, na medida em que a teoria constitucional justificará chamar de transfiguração constitucional apenas aqueles casos extremos de alteração da estrutura central de uma determinada ideia de Direito.

²¹⁹ HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

4. GLOBALIZAÇÃO E ALTERAÇÕES CONSTITUCIONAIS PARCIAIS

4.1. Considerações introdutórias

Em geral, a globalização como um fenômeno multidimensional representa uma troca constante sobre modelos diferentes da vida em sociedade, na arte, no esporte, na ciência, na vivência política e nos diversos segmentos sociais.

Em especial, as dimensões política e econômica da globalização promovem a “exportação” de modelos supostamente ideais de organização político-constitucional. Esses modelos ou ideias são “importados” por instituições estatais que os utilizam como paradigma para promover alterações constitucionais, sejam elas expressas ou implícitas.

A título ilustrativo, o que se conhece hoje como um sistema internacional de direitos humanos foi desenvolvido em determinado contexto histórico por uma sociedade internacional em formação e foi sendo paulatinamente adotado e internalizado por diversas experiências constitucionais ao redor do mundo. Atualmente não se concebe um sistema constitucional que não reconheça, ao menos formalmente, um *standard* mínimo de proteção aos direitos humanos.

Não se trata de um fenômeno novo, uma vez que, conforme já explicado anteriormente, na gênese do constitucionalismo moderno já se observava uma “circulação de modelos”, mas operada por meio das “difíceis e frágeis vias de comunicação marítimas”. Nesse sentido é que se reconhece a influência das ideias do inglês John Locke nos modelos constitucionalistas francês e norte-americano, de outros pensadores europeus nos *founding fathers* americanos, assim como a inspiração causada pelo movimento constitucional norte-americano na elaboração da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão na França²²⁰.

Esse fenômeno de globalização constitucional ocorre, em tempos de normalidade, de forma suave e paulatina. Há, porém, acontecimentos históricos que têm o poder de desencadear ondas ou ciclos que podem ser observados com mais facilidade. Destaca-se, nesse sentido, que o mundo passou por importantes mudanças nos últimos dois séculos. De início, o paradigma prestacional do Estado foi alterado, nas primeiras décadas do Século XX, de liberal para social, e viu-se, posteriormente, a crise do paradigma social, na segunda metade do Século. Na última década do Século XX, o mundo assistiu ao fim da disputa pela hegemonia do sistema econômico dominante, capitalismo ou socialismo/comunismo. Com a dissolução da União Soviética,

²²⁰ MORAIS, op. cit., 2018, p. 79-80.

consolidou-se a suposta “vitória” do sistema político-econômico de Estado de Direito democrático fundado em bases capitalistas.

Tendo em mente as mudanças de paradigma prestacional do Estado, há países, no quadrante europeu, cujas Constituições vigentes atualmente foram editadas ainda no Século XIX: Países Baixos e Noruega, 1814; Bélgica, 1831; e Luxemburgo, 1868²²¹. Nesses casos, por se tratar de textos constitucionais muito antigos que atravessaram mudanças importantes na forma como o Estado é concebido, é provável que as Constituições tenham passado por significativas mudanças, tanto implícitas quanto expressas²²².

Mas o que se pretende destacar são as transformações sociais mais recentes, como a crise do Estado Social, a dissolução da União Soviética e a consequente consolidação do sistema capitalista, vistos como fatores desencadeadores das alterações constitucionais que se pretende analisar neste capítulo. Nesse sentido, Constituições criadas anteriormente a essas transformações e que não se coadunam com os valores políticos reinantes neste início de Século XXI submetem-se a um risco maior de serem ajustadas, seja por meio de alterações expressas ou implícitas²²³.

Não se tenta aqui afirmar que essa influência de valores políticos globais em ordens constitucionais seja necessariamente negativa. Em muitos casos, a influência pode ser considerada positiva no sentido de promover o reconhecimento de direitos humanos considerados universais e valores democráticos que não eram respeitados em países autoritários, se analisado sob uma perspectiva ocidental. Em outros casos, porém, essas influências alteraram substancialmente o paradigma prestacional e o modelo econômico definido constitucionalmente, levantando questionamentos quanto ao respeito aos limites materiais de alteração constitucional.

²²¹ Os dados foram obtidos em CONSTITUTE PROJECT. *Constitute project*. Disponível em: <<https://www.constituteproject.org/>>. Acesso em: 2 abr. 2020.

²²² Sobre a Constituição dos Países Baixos, a despeito das revisões constitucionais implementadas, há quem critique sua irrelevância normativa na prática constitucional e defenda a necessidade de mudança e modernização. Cfr. GERARDS, Janneke. The irrelevance of the Netherlands Constitution, and the impossibility of changing it. *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, Bruxelas, v. 77, n. 2, p. 207-233, 2016. Disponível em: <<https://www.cairn.info/revue-interdisciplinaire-d-etudes-juridiques.htm>>. Acesso em: 2 abr. 2020.

²²³ Em interessante trabalho de pesquisa, chegou-se a falar em globalização da identidade constitucional. O estudo demonstrou como a identidade constitucional de regimes socialistas ligados à antiga União Soviética adaptou-se com a incorporação de valores e princípios fundamentais de um constitucionalismo globalizado. Cfr. BUI, op. cit., 2017.

Este capítulo analisa as influências que a globalização exerce nas alterações constitucionais promovidas por mutações informais (item 4.2) ou por emendas constitucionais (item 4.3).

A relação da globalização com as mutações informais será examinada tendo em conta as mutações promovidas por meio de decisões da Justiça Constitucional (4.2.1), do exercício da função legislativa (4.2.2) ou do exercício da função executiva (4.2.3).

Por sua vez, a relação da globalização com as emendas constitucionais será segregada em razão da integração regional (4.3.1) e do neoliberalismo (4.3.2).

4.2. Globalização e mutações informais

A mutação informal pressupõe a alteração do sentido das disposições constitucionais por “normas em sentido material de conteúdo politicamente inovador, geradas e consolidadas gradualmente no tempo à margem do poder formal de revisão”²²⁴.

Viu-se, anteriormente, que as mutações acabam sendo, na maioria das vezes, “veiculadas por decisões de órgãos estatais que captam a mudança ocorrida, cristalizando-a no universo político constitucional”. Assim, as fontes de mutação informal poderiam ser sistematizadas por mudança jurisprudencial, por ato legislativo ou por ato de governo²²⁵.

Todavia, para a análise da relação entre a globalização e as mutações informais, prefere-se sistematizar o exame em função do exercício das funções típicas do poder político (funções jurisdicional, legislativa e executiva)²²⁶. No caso da função jurisdicional, o estudo concentrar-se-á nas decisões proferidas pela Justiça Constitucional.

²²⁴ MORAIS, op. cit., 2018, p. 230 e 232.

²²⁵ SARMENTO; SOUZA NETO, op. cit., 2017, p. 344-345.

²²⁶ O princípio da separação com interdependência entre os poderes pressupõe, a cada um deles, o exercício de funções típicas e atípicas. Neste sentido, o Poder Legislativo, representado pelo Parlamento, exerce tipicamente a função legislativa, mas também exerce atipicamente as demais funções. Assim também ocorre no âmbito dos outros poderes. Por outro lado, há órgãos pertencentes à estrutura constitucional de um poder, mas que exercem, tipicamente, outra função. Por exemplo, no Brasil, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) é órgão do Poder Judiciário (CRFB, art. 92, I-A), mas exerce tipicamente a função de controle administrativo e financeiro (CRFB, art. 103-B, § 4º). O Tribunal de Contas da União (TCU) é órgão auxiliar do Poder Legislativo e exerce tipicamente a função de controle (CRFB, art. 71). Sobre a divisão de poderes e o exercício das funções, cfr. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 42. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 108-114; LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado* [livro digital]. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 869-871.

Mesmo no caso da abertura internacional no plano das fontes do direito²²⁷, por exemplo, a celebração de um tratado internacional, ou, no caso europeu, do direito derivado da Direito da União Europeia, a efetiva fruição das novas normas ou direitos não se implementa, na maioria das vezes, de forma automática. Em geral, depende da atuação dos órgãos públicos, principalmente no âmbito jurisdicional, em que os cidadãos fundamentam suas demandas nessas novas normas, ou no âmbito legislativo, em que a legislação pode ser alterada para alinhar o direito interno ao direito positivo a que se vinculou o Estado.

O estudo deste tópico será então dividido pelas mutações promovidas por meio de decisões da Justiça Constitucional, do exercício das funções legislativa e executiva²²⁸.

4.2.1. Mutações informais promovidas por meio de decisões da Justiça Constitucional e o desenvolvimento de um sistema universal de direitos humanos

Viu-se que o terceiro ciclo de mutações informais decorreu da consolidação a nível global do sistema de fiscalização de constitucionalidade e teve como principais atores os Tribunais Constitucionais, erigidos a guardiões das Constituições. Por esta razão, o estudo das mutações promovidas por fonte jurisprudencial será concentrado nas decisões proferidas por Tribunais Constitucionais.

As mutações informais promovidas pela Justiça Constitucional e motivadas por questões relacionadas à globalização concentram-se, em geral, no plano dos direitos fundamentais e do desenvolvimento de um sistema universal de direitos humanos. Isso porque os direitos geralmente protegidos nos catálogos de direitos fundamentais são considerados valores universais ou universalizáveis. As questões relacionadas à dimensão econômica da globalização acabam por influenciar de forma mais direta a alteração das Constituições pela via formal e expressa.

Essas mutações informais, que ocorrem por meio de reiteradas decisões da Justiça Constitucional, têm por objetivo atualizar as normas constitucionais a novos paradigmas axiológicos em termos de direitos humanos cuja interpretação anterior não abarcava. Servem para resolver a desconformidade entre a norma preexistente e a

²²⁷ GOMES CANOTILHO, op. cit., 2003, p. 369-370.

²²⁸ Não se pretende realizar uma análise exaustiva do caso das mutações informais. Em razão disso, as questões dos costumes, práticas, convenções constitucionais e do desuso não serão examinadas em detalhe, inclusive porque, para se tornarem regra, necessitam de uma prática reiterada e sedimentada ao longo do tempo, muitas vezes reconhecida pelo Tribunal Constitucional.

realidade social que a sucede, diante da demora do legislador constitucional em promover a necessária alteração formal, seja porque se trata de assuntos que envolvem maior densidade ideológica e, por isso, necessitam de mais debate, ou porque não existe um consenso de maioria suficiente a respeito da alteração.

Essas mutações informais nem sempre são corretas dos pontos de vista dogmático e democrático, ainda que coincidam, por vezes, com a concepção moral dominante na sociedade. Mutações informais que carregam inovação política, a depender da intensidade, à revelia da discussão parlamentar e com base em princípios jurídicos indeterminados, podem levantar sérias questões de legitimidade democrática e acabar por enfraquecer a normatividade constitucional. Nesses casos é importante que os Tribunais Constitucionais pratiquem a autocontenção e atuem como verdadeiros guardiões da Constituição, devendo atuar dentro de suas atribuições constitucionais e segundo um método de interpretação constitucionalmente adequado.

Além desse citado, outro possível efeito negativo é no sentido de que, por se tratar de questões de forte densidade ideológica, como as que envolvem direitos humanos, decisões consideradas polêmicas podem gerar reações de *overruling* do Parlamento e certa hesitação entre os poderes na nova interpretação então conferida pela Justiça Constitucional, causando um problema de segurança jurídica.

No que se refere aos modos de implementação, essas mutações operadas pela Justiça Constitucional são, em alguma medida, um produto do cosmopolitismo constitucional, que pressupõe, entre outras características, a sobreposição de catálogos de direitos, a ampliação do leque de jurisdições disponíveis a tutelar os direitos fundamentais e a importação de valores contidos em catálogos de direitos humanos externos ao ordenamento em questão²²⁹.

Nesse contexto, as mutações costumam ser implementadas de duas formas distintas. A primeira ocorre pela alteração da interpretação constitucional fundamentada em argumentos obtidos por meio do recurso a catálogos de direitos fundamentais além daqueles previstos nas Constituições nacionais. A segunda delas ocorre pela alteração da interpretação constitucional fundamentada em argumentos obtidos pela articulação existente entre tribunais nacionais e tribunais internacionais.

²²⁹ A professora Ana Maria Guerra Martins explica que “a tese do constitucionalismo multinível é mais adequada para explicar o fenômeno da interação entre as ordens jurídicas nacionais e outras ordens jurídicas”. MARTINS, op. cit., 2017, p. 41.

A título de exemplo, no âmbito da União Europeia, os direitos fundamentais são tutelados com base nas Constituições nacionais, na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e em convenções internacionais ratificadas pelos Estados, especialmente a Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Os direitos fundamentais podem ser tutelados nos tribunais nacionais, no âmbito do Tribunal de Justiça da União Europeia e do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem²³⁰.

Na maioria das vezes, os dois recursos são utilizados simultaneamente, ou seja, em uma mesma decisão recorre-se à articulação entre tribunais nacionais e internacionais e à remissão a catálogos de direitos fundamentais além daqueles previstos nas Constituições nacionais. Porém, tanto a articulação entre tribunais quanto o recurso a catálogos de direitos fundamentais externos ocorrem de forma indireta e disfarçada, pois não costumam caracterizar o principal argumento em que se baseiam as decisões. Assim, o recurso a jurisdições ou a catálogos de direitos externos funciona como forma de reforço argumentativo para a tese que se pretende aplicar. É incomum que sirva como parâmetro autônomo em decisões de fiscalização de constitucionalidade.

Em recente estudo, em que se observou a articulação entre o TCP e o TEDH, bem como a sobreposição dos direitos previstos na CRP e na CEDH, com o objetivo de analisar se tal articulação implicava reforço da tutela dos direitos fundamentais, concluiu-se que “a sobreposição de catálogos de direitos fundamentais nem sempre resulta em maior proteção ou alargamento do campo de incidência desses direitos”. Ficou também demonstrada a concretização de riscos relacionados à proteção multinível dos direitos fundamentais, entre eles a insegurança jurídica provocada pela interpretação dissonante dos tribunais quanto à proteção aos direitos, bem como o encarecimento e a demora no acesso à justiça e à prestação jurisdicional²³¹.

Trata-se de uma questão mais sensível quando essas decisões do Tribunal Constitucional podem ser caracterizadas como mutações informais, pois há casos em que

²³⁰ Este fenômeno ocorre com maior frequência no âmbito da União Europeia, mas não se observa com a mesma regularidade e intensidade em outros quadrantes, como nos Estados Unidos, Brasil ou na América do Sul. Carlos Blanco de Moraes alerta que fenômeno semelhante pode ser observado ao se analisar o grau de perda do poder político e de enfraquecimento da soberania dos diferentes Estados nacionais. Segundo o professor português, no âmbito da União Europeia, cumularam-se a supranacionalidade orgânica e a inorgânica; mas, fora desse contexto, principalmente Estados Unidos, Rússia, China e potências regionais, a supranacionalidade orgânica não logrou atingir o mesmo estágio de desenvolvimento com seus blocos de cooperação regional. Cfr. MORAIS, op. cit., 2018, p. 25-28.

²³¹ SOUZA, op. cit., 2019, p. 45-47.

se pode cogitar do enfraquecimento da normatividade constitucional com base em valores externos e que sequer resultam no fortalecimento da tutela dos direitos fundamentais.

Demonstrar-se-á, mais adiante, como o fenómeno pode ser observado na prática, recorrendo-se a estudos de caso de decisões acerca de união estável e casamento entre pessoas do mesmo sexo e de prisão civil por dívida, tanto em Portugal como no Brasil. Antes, porém, é importante realizar uma sistematização teórica do tema.

4.2.1.1. O recurso a outros catálogos de direitos fundamentais

Ocorre mutação informal quando o Tribunal Constitucional, por meio de decisões reiteradas e consolidadas, altera, com conteúdo politicamente inovador, o sentido das disposições constitucionais.

Em certos casos, tais decisões fundamentam-se em catálogos de direitos fundamentais externos ao ordenamento nacional, seja como reforço argumentativo no *obter dictum* da decisão, seja como parte da *ratio decidendi*. Esse fenómeno ocorreu, por exemplo, com a mudança do regime jurídico da prisão civil do depositário infiel no Brasil, conforme será discutido mais adiante. Tal fenómeno é possibilitado pela abertura externa das Constituições nacionais ao Direito Internacional.

Uma primeira questão que se pode colocar acerca da sobreposição de ordenamentos jurídicos, principalmente em relação à tutela dos direitos fundamentais, diz respeito à hierarquia que os referidos instrumentos recebem no plano das fontes do direito no ordenamento interno.

A CRP estabelece uma obrigação de interpretação do ordenamento interno em harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem²³². Para além disso, a doutrina defende uma posição intermediária entre a CRP e as leis ordinárias para a CEDH²³³, que é, formalmente, um tratado internacional.

No caso especial da União Europeia, existe a questão do princípio do primado do Direito da União Europeia sobre o Direito estadual. A doutrina afirma que, pela ótica do ordenamento jurídico português, com fundamento renovado pela sexta revisão

²³² CRP, art. 16, n. 2: “Os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem”.

²³³ BARRETO, Ireneu Cabral. *A Convenção europeia dos direitos do homem*: anotada. 5. ed. rev. e atual. Coimbra: Almedina, 2015, p. 33.

constitucional de 2004, o princípio do primado estaria positivado no art. 8º, n. 4, da CRP²³⁴, e que teria resultado de uma decisão do legislador constituinte^{235/236}.

No Brasil, a CRFB confere hierarquia constitucional a tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos aprovados sob o mesmo procedimento das emendas constitucionais²³⁷. Os demais possuem natureza infraconstitucional e supralegal²³⁸.

Não cabe no escopo deste trabalho analisar em detalhes como se relacionam os ordenamentos jurídicos nacionais europeus com os externos, principalmente com o ordenamento do Conselho da Europa e da União Europeia. No mesmo sentido se pode afirmar, por exemplo, a respeito da articulação do ordenamento brasileiro com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH). As questões tratadas a seguir são genéricas e os exemplos utilizados podem eventualmente não se aplicar a um determinado ordenamento em especial²³⁹.

Esses ordenamentos sobrepostos funcionam de forma independente e autônoma, mas cabe ao juiz constitucional nacional conciliar a proteção dos direitos prevista na Constituição e nos catálogos externos. Sendo certo que a positivação de

²³⁴ CRP, art. 8º, n. 4: “As disposições dos tratados que regem a União Europeia e as normas emanadas das suas instituições, no exercício das respectivas competências, são aplicáveis na ordem interna, nos termos definidos pelo direito da União, com respeito pelos princípios fundamentais do Estado de direito democrático”.

²³⁵ A respeito do princípio do primado, cfr. MARTINS, op. cit., 2017, p. 517-549. Em especial, sobre a aplicabilidade do primado na ordem jurídica portuguesa após a revisão constitucional de 2004, cfr. p. 543-544. A esse respeito, a professora portuguesa conclui que “o Direito Originário e o Direito Derivado da União Europeia prevalecem sobre todas as normas internas, incluindo as constitucionais, as quais não serão aplicáveis. Esta prevalência não conduz, todavia, à invalidade da norma interna, mas somente à sua não aplicação no caso concreto, tal como resulta da Jurisprudência do TJ”.

²³⁶ Opinião semelhante sobre o princípio do primado na ordem jurídica portuguesa é compartilhada por Fausto de Quadros. Cfr. QUADROS, Fausto de. *Direito da União Europeia: Direito Constitucional e Administrativo da União Europeia*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2013, p. 523-540. Para o professor português, “o primado do Direito da União cederá o passo à norma nacional sempre que esta garanta melhor os direitos fundamentais e os demais fundamentos do regime democrático e do Estado de Direito” (p. 540).

²³⁷ CRFB, art. 5º, § 2º: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

²³⁸ Demonstrar-se-á em detalhes, mais adiante, que a natureza infraconstitucional e supralegal dos tratados internacionais que versam sobre direitos humanos foi afirmada no âmbito do RE 466.343/SP, de relatoria do Ministro Cezar Peluso, em 2008.

²³⁹ Também não faz parte do escopo desta pesquisa eventuais mutações informais promovidas no exercício do controle de convencionalidade. Sobre os contornos gerais do controle de convencionalidade na realidade brasileira, cfr. MARINONI; MITIDIERO; SARLET, op. cit., 2019; FERNANDES, op. cit., 2020, p. 2018 e ss.

direitos fundamentais em diferentes ordenamentos pressupõe a criação normas diferentes e com âmbitos de proteção diferenciados, a solução de um caso concreto, sob a influência de uma norma jurídica externa, pode ter um desfecho diferente se for interpretada unicamente com base no direito interno.

Em tese, é possível que haja duas hipóteses. A respeito de um determinado direito fundamental, o âmbito de proteção reconhecido pela interpretação do texto constitucional pode ser maior ou menor do que aquele previsto no texto de um catálogo externo.

A situação de um tratado internacional de direitos humanos consagrar um âmbito de proteção menor em comparação ao direito interno geralmente se resolve sem grandes questionamentos pela prevalência do direito interno.

Pode-se ilustrar, a título de exemplo, com a liberdade de religião. Em estudo recente em que se analisaram alguns julgados do TCP, demonstrou-se que o TEDH interpretou a CEDH no sentido de reconhecer apenas uma proteção para a dimensão negativa de não discriminação da liberdade de religião. Naqueles casos, o TCP, por outro lado, sustentou que deveria se amparar na proteção mais elevada existente entre os catálogos nacional e não nacional, tendo em conta que a CRP também conferia uma dimensão positiva à liberdade de religião. Os casos analisados resultaram no reforço da proteção aos direitos das pessoas, ainda que o âmbito de proteção de cada uma das jurisdições, de acordo com a interpretação de cada catálogo, tenha se mostrado diferente^{240/241}.

O caso envolvendo o casamento entre pessoas do mesmo sexo, em Portugal, também representa um exemplo de proteção mais elevada a um determinado direito fundamental no ordenamento interno, quando comparado com a proteção conferida por catálogo de direito externo. Na ocasião, o casamento entre pessoas do mesmo sexo foi autorizado por meio de lei, que, levada a julgamento em fiscalização preventiva de

²⁴⁰ SOUZA, op. cit., 2019, p. 41-45. Os Acórdãos analisados no estudo foram o 544/2014, Conselheira Maria José Rangel de Mesquita, 545/2014, Conselheiro Carlos Fernandes Cadilha, e 578/2014, Conselheiro José da Cunha Barbosa.

²⁴¹ Inclusive, a CEDH estabelece, em seu art. 14, que as disposições da convenção não devem ser interpretadas no sentido de limitar ou prejudicar os direitos fundamentais reconhecidos no direito nacional ou em outra convenção de que seja parte. CONSELHO DA EUROPA. *Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais*. Disponível em: <https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>. Acesso em: 24 abr. 2019. Dispositivo semelhante consta do art. 53 da CDFUE. UNIÃO EUROPEIA. *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/AUTO/?uri=celex:12016P/TXT>>. Acesso em: 24 abr. 2019.

constitucionalidade, não teve sua inconstitucionalidade declarada, a despeito de uma alegada contrariedade ao texto da CRP e da DUDH. No caso, pode-se cogitar efetivamente da ocorrência de uma mutação informal da CRP. O caso será examinado em detalhes mais adiante.

A segunda hipótese ocorre quando o âmbito de proteção reconhecido pela interpretação do texto constitucional é menor do que aquele previsto no texto de um catálogo externo. Seria o caso de um Tribunal Constitucional proferir reiteradas decisões politicamente inovadoras, em sede de fiscalização de constitucionalidade, usando como reforço argumentativo o recurso a uma norma externa sobre direitos fundamentais, cuja interpretação permita reforçar a tutela de determinado direito quando comparado com a disciplina constitucional interna sobre o referido direito. Este caso pressupõe uma situação mais complexa. Pela lógica de resolução dos conflitos envolvendo princípios, em que se utiliza a técnica da ponderação, muitas vezes o reforço de um direito fundamental acaba implicando o enfraquecimento circunstancial de outro.

É neste sentido que a hipótese de um âmbito de proteção do catálogo externo superior àquele previsto no âmbito interno se torna mais complexa. A ponderação que resolve uma colisão entre direitos fundamentais com fundamento em uma tutela mais forte prevista em catálogo externo pode eventualmente significar a desconsideração de uma ponderação já realizada pelo constituinte, na hipótese de ter conscientemente optado por empregar, na Constituição, uma proteção mais fraca a determinado direito.

Talvez o caso mais ilustrativo de efetiva colisão entre interesses merecedores de igual proteção na ordem jurídica seja a ponderação entre direito à imagem e liberdade de informação. Anderson Schreiber²⁴² ensina que a ponderação consiste em sopesar, no caso concreto, o grau de realização do interesse lesivo (liberdade de informação) com o grau de sacrifício do interesse lesado (direito de imagem).

Na hipótese em exame (âmbito de proteção do catálogo externo superior àquele previsto no âmbito interno), uma decisão em que se privilegie como parâmetro a proteção conferida externamente, por exemplo, à liberdade de informação, pode enfraquecer a normatividade da proteção constitucional conferida internamente ao direito à imagem.

²⁴² SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2014, p. 109-111.

O estudo de caso que ilustrará uma mutação informal ocorrida no âmbito desta hipótese é a união estável e o casamento entre pessoas do mesmo sexo no Brasil. Conforme será demonstrado em detalhes mais adiante, o STF reconheceu a possibilidade de união estável entre pessoas do mesmo sexo com base na interpretação da própria Constituição e na remissão a catálogos de direitos ou ordenamento jurídicos externos, a despeito de uma alegada contrariedade ao texto constitucional. A mutação informal consagrada pela decisão do STF pode ter significado uma verdadeira sentença de revisão constitucional, à revelia do debate parlamentar e próxima de ter desrespeitado o próprio texto constitucional, sem prejuízo de se reconhecer, em termos morais, o necessário reconhecimento das uniões entre pessoas do mesmo sexo²⁴³.

Sem embargo das hipóteses de âmbitos de proteção diferenciados, o fato é que, ao menos no contexto de articulação entre as ordens da União Europeia e dos ordenamentos nacionais, as questões essenciais sobre direitos fundamentais encontram alguma harmonia, identidade ou congruência, o que veio a ser chamado de “princípio de amizade” entre as ordens jurídicas. Dessa forma, na hipótese acima, a questão do primado do Direito da União Europeia (DUE) só se colocaria em situações raras. Nesses casos, uma visão constitucional tributária do pluralismo e, acrescente-se, de segurança jurídica, reclamaria o recurso ao processo das questões prejudiciais para se alcançar uma interpretação comum²⁴⁴.

4.2.1.2. A submissão de questões prejudiciais e a articulação entre tribunais nacionais e tribunais internacionais

Consoante explicado anteriormente, as mutações informais promovidas por decisões da Justiça Constitucional também podem ocorrer por meio da articulação existente entre tribunais nacionais e internacionais, ainda que o recurso a catálogos de direitos fundamentais externos também costume ser usado nas mesmas decisões.

²⁴³ Este caso é paradigmático da influência de valores cosmopolitas nas alterações constitucionais. A opção por reconhecer juridicamente o casamento entre pessoas do mesmo sexo é legítima e representa setores progressistas da sociedade, alinhados a valores cosmopolitas de não discriminação em razão de sexo ou orientação sexual. No mesmo sentido, a opção por reconhecer o casamento como uma união entre um homem e uma mulher também é legítima para setores conservadores da sociedade que enxergam a necessidade de proteger os valores tradicionais da família. O fato de a mutação informal da Constituição ter sido consagrada pelo STF, à revelia do debate parlamentar e com fundamento também em valores externos, enfraquece a normatividade constitucional e impede que as instituições de representação democrática amadureçam a ponto de cumprirem o seu papel de promover a discussão na sociedade e a mudança legislativa formal.

²⁴⁴ MARTINS, op. cit., 2017, p. 547.

Existem meios institucionalizados e não institucionalizados de se obter a referida articulação entre os tribunais.

No âmbito europeu, as formas institucionalizadas principais são a submissão de questões prejudiciais ao TJUE, conforme previsto no art. 267 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), e ao TEDH, consoante consta do Protocolo n. 16 da CEDH²⁴⁵. O principal meio não institucionalizado é o chamado diálogo judicial informal. Entre as modalidades deste diálogo, destaca-se o diálogo indireto, que consiste na influência da jurisprudência de um tribunal sobre outro, por exemplo, da influência da jurisprudência do TEDH ou do TJUE sobre os julgamentos proferidos pelo TCP^{246/247}.

A respeito das formas não institucionalizadas, não é necessário tecer considerações adicionais, uma vez que, conforme afirmado acima, a Justiça Constitucional, quando recorre a catálogos externos de direitos fundamentais para reforçar os argumentos de suas decisões, também costuma praticar o diálogo indireto com a jurisprudência do tribunal correspondente. Dessa forma, as características seriam semelhantes e não necessitariam de análise autônoma.

Assim, o exame restringir-se-á às formas institucionalizadas de articulação, nomeadamente a submissão de questões prejudiciais aos tribunais.

Inicialmente, no âmbito do Direito da União Europeia, nos termos do art. 267 do TFUE, os tribunais nacionais podem submeter ao TJUE questões prejudiciais sobre a

²⁴⁵ O Protocolo n. 16 entrou em vigor em 1º/8/2018, após ratificações conferidas por dez Estados. No entanto, Portugal ainda não o assinou. Cfr. CONSELHO DA EUROPA. *Chart of signatures and ratifications of Treaty 214*: Protocol No. 16 to the Convention for the protection of human rights and fundamental freedoms. Disponível em: <<https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/214>>. Acesso em: 1º jul. 2020.

²⁴⁶ SOUZA, op. cit., 2019, p. 21-22; MARTINS, Ana Maria Guerra. Tribunais Constitucionais, Tribunais Europeus e Direitos Fundamentais: do monólogo cauteloso ao diálogo construtivo. In: AMARAL, Maria Lúcia (Org.). *Estudos em homenagem ao Conselheiro Presidente Moura Ramos*. V. 1. Coimbra: Almedina, 2016, p. 609-610.

²⁴⁷ A análise terá foco no contexto europeu, haja vista ser o exemplo mais bem consolidado do constitucionalismo cosmopolita multinível, com o nível nacional, o regional e o global. Não se ignora, contudo, a existência de articulação entre os tribunais nos sistemas regionais americano e africano. A propósito, Virgílio Afonso da Silva sustenta que o diálogo constitucional na América do Sul ainda é bastante tímido. Em pesquisa realizada em 2008, o constitucionalista comparou a quantidade de referências feitas na jurisprudência do STF a decisões da CIDH, a decisões de tribunais constitucionais da Argentina, do Chile, da Colômbia, bem como dos Estados Unidos e da Alemanha. Demonstrou que não havia registro de referência a qualquer decisão dos primeiros tribunais, mas havia 80 referências a julgamentos da Suprema Corte norte-americana e 58 a julgados do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha. Cfr. SILVA, Virgílio Afonso da. Integração e diálogo constitucional na América do Sul. In: ANTONIAZZI, Mariela Morales; BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia (Orgs.). *Direitos humanos, democracia e integração jurídica na América do Sul*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 528-529.

interpretação de normas e atos da EU e sobre sua validade. Este processo tem o objetivo de assegurar uma aplicação uniforme do DUE nos Estados-membros^{248/249}. É neste sentido que as questões prejudiciais constituem o mais importante instrumento de interpretação uniforme do DUE, bem como, numa perspectiva subjetiva, para fornecer aos particulares uma garantia para os direitos previstos no ordenamento jurídico da UE²⁵⁰.

A título de ilustração, desde a adesão de Portugal à União Europeia, em 1986, as instituições judiciais portuguesas já submeteram, até o fim de 2019, 203 questões prejudiciais ao TJUE. Dessas, 16 questões foram submetidas pelo Supremo Tribunal de Justiça, 65 pelo Supremo Tribunal Administrativo e 122 por outros órgãos judiciais. Nenhum caso foi submetido pelo TCP. O número é pequeno se comparado com Alemanha, com 2.641 casos, sendo 2 submetidos pelo Tribunal Constitucional, e com Itália, com 1.583 casos, sendo 4 submetidos pela Corte Constitucional²⁵¹.

De acordo com a redação do TFUE, o tribunal nacional cuja decisão não seja susceptível de recurso judicial no âmbito interno é obrigado a suscitar a questão prejudicial se houver dúvidas sobre a interpretação ou validade do DUE^{252/253}. Estes casos aplicam-se especialmente aos Tribunais Constitucionais no exercício da função de fiscalização de constitucionalidade, uma vez que, em geral, suas decisões não são susceptíveis de recurso²⁵⁴. Por outro lado, ao contrário do que possa parecer, a questão da obrigatoriedade fica sujeita à consideração, pelo tribunal nacional, da existência de

²⁴⁸ MARTINS, op. cit., 2017, p. 571-575. Sobre as questões de interpretação, interpretar significa esclarecer o sentido material, determinar o alcance e definir os efeitos das disposições do DUE, podendo incidir sobre os tratados, os atos praticados pelas instituições da União e os acordos internacionais de que a União seja parte. Sobre as questões de validade, o TJUE tem competência para apreciar a validade dos atos adotados pelos órgãos da EU.

²⁴⁹ O texto do art. 267 do TFUE, acerca da legitimidade ativa da submissão da questão prejudicial, fala em “órgão jurisdicional”. Nesse sentido, “a legislação nacional não deve impedir os juízes de suscitarem questões prejudiciais, pois isso (...) viola o primado do Direito da União Europeia sobre os Direitos nacionais”. Cfr. MARTINS, op. cit., 2017, p. 581.

²⁵⁰ QUADROS, op. cit., 2013, p. 581, 583-584. A respeito da função subjetiva das questões prejudiciais, o professor português defende ser possível afirmá-las mesmo que os particulares não possuam legitimidade para suscitá-las diretamente ao TJUE.

²⁵¹ Cfr. Relatório de Atividade Judiciária disponibilizado pelo TJUE, p. 181-185. UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. *Annual report 2019: judicial activity*. Disponível em: <https://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7000/>. Acesso em: 2 jul. 2020.

²⁵² MARTINS, op. cit., 2017, p. 582.

²⁵³ As questões prejudiciais podem ser facultativas ou obrigatórias. Para os fins desta pesquisa, as obrigatórias são particularmente importantes.

²⁵⁴ QUADROS, op. cit., 2013, p. 595. Nada obstante, conforme foi visto anteriormente a respeito das estatísticas oficiais da UE, os tribunais constitucionais não costumam submeter questões prejudiciais frequentemente.

dúvidas sobre o DUE. Em razão disso, essa submissão de questões prejudiciais ao TJUE não é comum, embora tenha se tornado mais frequente nos últimos anos²⁵⁵.

No que concerne a esses casos obrigatórios, cumpre verificar os efeitos materiais ou o valor jurídico que as decisões proferidas pelo TJUE em sede de questões prejudiciais possuem na ordem interna. Em primeiro lugar, os acórdãos interpretativos obrigam a todos os juízes e instâncias nacionais dos Estados-membros, tanto em relação ao fundamento quanto ao dispositivo. O acórdão interpretativo possui, portanto, alcance geral, o que não impede a submissão de novas questões semelhantes. De forma semelhante, as declarações de validade ou de invalidade também produzem efeitos obrigatórios ao juiz que submeteu a questão, bem como a todos os juízes e instâncias nacionais dos Estados-membros, sem prejuízo da possibilidade de submissão de novos casos caso as circunstâncias exijam. Todavia, não se trata de afirmar o regime de coisa julgada para os acórdãos, pois o TJUE pode modificar sua jurisprudência caso entenda adequado. Seria mais adequado ao caso o paralelo com o regime de precedentes que caracteriza o sistema da *common law*²⁵⁶.

Destaca-se que, nesses casos, ao menos em teoria, o Tribunal Constitucional nacional, ao decidir um caso em sede de fiscalização de constitucionalidade ou de convencionalidade, cujo parâmetro de decisão é o bloco de constitucionalidade ou a convenção internacional, deve vincular-se à interpretação que o TJUE desenvolveu em uma questão semelhante sobre o direito fundamental em exame. Ou seja, eventual mutação informal da Constituição nacional, com conteúdo político inovador, pode vir a ser implementada com base na interpretação do TJUE sobre questões relativas ao DUE.

Foi somente nos últimos anos, principalmente a partir de 2008, que os Tribunais Constitucionais passaram de uma fase de “desconfiança mútua inicial” para uma de “cooperação construtiva atual”, sinteticamente em razão da incorporação da CDFUE ao direito originário, da cláusula da identidade nacional e da previsão da adesão da EU à CEDH²⁵⁷.

Um exemplo bem ilustrativo do que se quer demonstrar é o chamado Caso Melloni, que se desenvolveu em três atos. Inicialmente, o Tribunal Constitucional Espanhol (TCE) submeteu sua primeira e única questão prejudicial ao TJUE no sentido

²⁵⁵ Para uma perspectiva desse diálogo formal dos tribunais constitucionais com o TJUE, cfr. MARTINS, op. cit., 2016, p. 599-635.

²⁵⁶ MARTINS, op. cit., 2017, p. 597-599; QUADROS, op. cit., 2013, p. 608-611.

²⁵⁷ MARTINS, op. cit., 2016, p. 610-623.

de provocá-lo a dizer, no caso da obrigação de a Espanha entregar à Itália uma pessoa condenada à revelia, se as autoridades espanholas poderiam impor a condição da existência de recurso ou da realização de novo julgamento a fim de garantir os direitos de defesa²⁵⁸.

Trata-se, em síntese, de uma colisão entre a obrigação de um Estado-membro de entregar uma pessoa condenada a outro Estado-membro, com observância das garantias previstas nos art. 47 e 48 da CDFUE²⁵⁹, e o direito a um julgamento justo (*fair trial*), consoante disposto no art. 24, n. 2, da Constituição espanhola²⁶⁰, observado o art. 53 da CDFUE²⁶¹. No caso, entendia-se que a Constituição espanhola tutelava com mais intensidade o direito a um *fair trial* no caso de condenados à revelia, de acordo com a jurisprudência à época vigente no TCE²⁶².

O TJUE decidiu, em síntese, que o art. 53 da CDFUE deveria ser interpretado de forma a não permitir a um Estado-membro “subordinar a entrega de uma pessoa condenada sem ter estado presente no julgamento à condição de a condenação poder ser revista no Estado-Membro de emissão”. Sustentou que tal condição não poderia ser imposta mesmo que “a fim de evitar uma violação do direito a um processo equitativo e dos direitos de defesa garantidos pela sua Constituição”²⁶³.

²⁵⁸ Ibid., p. 618-619.

²⁵⁹ Artigo 47. Direito à ação e a um tribunal imparcial: (...) Toda a pessoa tem direito a que a sua causa seja julgada de forma equitativa, publicamente e num prazo razoável, por um tribunal independente e imparcial, previamente estabelecido por lei. (...)

Artigo 48. Presunção de inocência e direitos de defesa: 1. Todo o arguido se presume inocente enquanto não tiver sido legalmente provada a sua culpa; 2. É garantido a todo o arguido o respeito dos direitos de defesa.

Cfr. UNIÃO EUROPEIA, op. cit.

²⁶⁰ 2. Da mesma forma, todos têm direito ao Juiz ordinário pré-determinado pela lei, à defesa e à assistência de advogado, a ser informados da acusação formulada contra eles, a um processo público sem demoras indevidas e com todas as garantias, a utilizar os meios de prova pertinentes para a sua defesa, a não declarar contra si próprios, a não confessar-se culpados e à presunção de inocência. ESPANHA. *Constituição Espanhola*. Disponível em: <<https://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/normativa/Paginas/Default.aspx>>. Acesso em: 1º jul. 2020.

²⁶¹ Artigo 53. Nível de proteção. Nenhuma disposição da presente Carta deve ser interpretada no sentido de restringir ou lesar os direitos do Homem e as liberdades fundamentais reconhecidos, nos respetivos âmbitos de aplicação, pelo direito da União, o direito internacional e as Convenções internacionais em que são Partes a União ou todos os Estados-Membros, nomeadamente a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, bem como pelas Constituições dos Estados-Membros. Cfr. UNIÃO EUROPEIA, op. cit.

²⁶² PÉREZ, Aida Torres. Melloni in three acts: from dialogue to monologue. *European Constitutional Law Review*, v. 10; n. 2, p. 308-309, 2014.

²⁶³ MARTINS, op. cit., 2016, p. 620; PÉREZ, op. cit., 2014, p. 309.

Ao final, no terceiro ato, o TCE acabou por “alterar a sua jurisprudência relativa aos julgamentos *in absentia*, com o intuito de se conformar com o decidido pelo Tribunal de Justiça, mas com isso contribuiu para a redução da proteção dos direitos fundamentais”²⁶⁴.

A respeito do *overruling* da interpretação constitucional, Aida Torres Pérez²⁶⁵ anotou que a redução de intensidade da tutela do referido direito decorreu exclusivamente da decisão do TJUE no Caso Melloni, a despeito de o TCE ter alegado que as disposições da CDFUE e a jurisprudência do TJUE foram considerados apenas como critério hermenêutico. Nesse sentido, sustentou que o início do diálogo formal entre os tribunais, que a princípio parecia promissor quanto a uma maior integração, acabou por se mostrar frustrante, pois, no caso do direito a um julgamento justo, o TJUE ignorou a posição do TCE e a própria interpretação do art. 53 da CDFUE no sentido de privilegiar uma maior tutela ao direito. Por seu turno, o TCE reagiu defensivamente, ainda que em conformidade com a decisão, mas relativizando discursivamente o primado do DUE sobre a ordem constitucional.

Discussões à parte a respeito de eventual mutação informal da Constituição espanhola no caso, o que dependeria da consolidação e da reiteração deste entendimento ao longo do tempo, o exemplo serve para demonstrar como a interpretação constitucional interna, fundamentada também na legislação infraconstitucional, pode vir a ceder espaço para a interpretação dada pelo TJUE ao DUE, sem que isso signifique necessariamente uma maior tutela a direitos fundamentais das pessoas.

No caso em exame, inclusive, seria possível cogitar que a própria decisão do TJUE tenha sido equivocada, uma vez que o art. 53 da CDFUE garante expressamente o maior nível de proteção entre os diferentes âmbitos de aplicação.

No contexto do Conselho da Europa e do TEDH, a submissão de questões prejudiciais foi admitida por meio do Protocolo n. 16 da CEDH, em vigor desde agosto de 2018, porém ainda não assinado por Portugal. Até o final do primeiro semestre de 2020, o TEDH havia proferido apenas duas decisões sobre questões prejudiciais (parecer consultivo ou *advisory opinion*, nos termos usados pela CEDH) fundamentadas no Protocolo n. 16²⁶⁶.

²⁶⁴ MARTINS, op. cit., 2016, p. 620.

²⁶⁵ PÉREZ, op. cit., 2014, p. 321-322 e 330, 2014.

²⁶⁶ A primeira delas, proferida em 10/4/2019, submetida pela Corte de Cassação francesa, tratava sobre o reconhecimento, pelo direito interno, da relação parental relativa a criança nascida através

Para este caso do TEDH, importa salientar apenas alguns aspectos. No que se refere às decisões proferidas pelo TEDH, é importante sublinhar que elas não têm força executiva²⁶⁷ e operam efeitos entre as partes, porém a interpretação levada a efeito pelo TEDH deve gerar efeitos *erga omnes*²⁶⁸. Na verdade, em termos jurídicos, não há obrigação legal que imponha aos tribunais nacionais seguir as interpretações do TEDH a respeito dos direitos previstos na CEDH. Todavia, o que se observa é a crescente conformação da jurisprudência nacional às decisões proferidas pelo TEDH cujos efeitos tenham sido produzidos entre as partes. Isso é, na verdade, a essência do diálogo entre os tribunais²⁶⁹.

Explicando melhor a questão dos efeitos dos julgados, os acórdãos do TEDH, em termos processuais, não são títulos executivos na ordem interna do Estados. Nem por isso deixam de ser obrigatórios, pois a não execução de um julgado pode dar azo a nova queixa perante o TEDH. Isso significa que a execução das decisões jurisdicionais depende de certa voluntariedade política dos Estados²⁷⁰.

Nesse sentido, a execução dos acórdãos na ordem interna envolve três tarefas, quais sejam, a cessação da violação, a reparação do dano e, principalmente, a prevenção de violações futuras semelhantes, o que pode implicar, no último caso, em alteração da legislação ou de práticas internas²⁷¹.

Exemplo do efeito *erga omnes* da solução interpretativa dada pelo TEDH na conformação da legislação nacional é o fato de os Países Baixos terem alterado, após decisões contra Bélgica e Áustria, a lei que trata do direito de ser herdeiros aos filhos

de gestação de substituição em país estrangeiro, ao abrigo do art. 8º da CEDH (direito ao respeito pela vida privada e familiar). A segunda, decidida em 29/5/2020, proposta pelo Tribunal Constitucional da Armênia, cuidava do princípio da legalidade e da irretroatividade da lei penal, consoante disposto no do art. 7º da CEDH (princípio da legalidade). Cfr. CONSELHO DA EUROPA. Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. *Advisory opinions*. Disponível em: <<https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=opinions&c=>>>. Acesso em: 1º jul. 2020.

²⁶⁷ BARRETO, op. cit., 2015, p. 31.

²⁶⁸ RINCEANU, Johanna. Judicial dialogue between the European Court of Human Rights and national supreme courts. In: BILLIS, Emmanouil; Papadimitrakopoulos, George; Spinellis, C.D.; Theodorakis, Nikolaos. *Europe in Crisis: crime, criminal justice, and the way forward*. Essays in honour of Nestor Courakis. Atenas: Ant. N. Sakkoulas, 2017, p. 1039-1040.

²⁶⁹ SOUZA, op. cit., 2019, p. 18.

²⁷⁰ HOMEM, Filipa Aragão. *O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos e o sistema de protecção de direitos fundamentais nacional: estudo sobre a aplicação do princípio da subsidiariedade no caso português*. Coimbra: Almedina, 2019, p. 33.

²⁷¹ *Ibid.*, p. 34-35.

concebidos fora do casamento. Em sentido contrário, a França decidiu por alterar a legislação apenas após ter sido condenada pelo TEDH²⁷².

De acordo com o que foi explicado, também no caso da submissão de questões prejudiciais ao TEDH, as mutações informais podem ocorrer de acordo com a mesma sistemática estudada para o caso do TJUE. Neste caso do TEDH, contudo, espera-se que haja menos espaço, ao menos a princípio, para alterações constitucionais internas, por vários motivos. Cabe destacar que, em primeiro lugar, o diálogo formal com o TEDH ainda é bastante incipiente e nem todos os Estados participantes do Conselho da Europa assinaram e ratificaram o protocolo que o institui. Ao contrário, o diálogo dos Estados-membros com o TJUE vem evoluindo, nos últimos anos, para uma relação mais construtiva.

Em segundo lugar, os parâmetros em que se baseiam os tribunais são diferentes. A ordem jurídica da União Europeia sustenta o princípio do primado e mostra-se mais profícua na produção de normas que incidem nos ordenamentos internos. Além disso, a previsão de adesão da UE à CEDH, conforme previsto no Tratado de Lisboa, tende a alargar o parâmetro a ser considerado nas decisões de questões prejudiciais pelo TJUE. Na ótica do TEDH, o parâmetro é mais cerrado, pois a CEDH estabelece um catálogo de direitos de caráter restritivo, na medida em que inclui em seu âmbito de proteção apenas direitos civis e políticos²⁷³.

4.2.1.3. O caso da união estável entre pessoas do mesmo sexo no Brasil

Foram ajuizadas perante o Supremo Tribunal Federal (STF) duas ações de fiscalização abstrata de constitucionalidade, a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) n. 132/RJ e a ação direta de inconstitucionalidade (ADI) n. 4.277/DF²⁷⁴.

No mérito, o pedido da ADPF era no sentido de se aplicar o regime jurídico da união estável às relações homoafetivas. Para o autor, estariam sendo violados os princípios constitucionais da igualdade, da liberdade, da dignidade da pessoa humana, da

²⁷² Ibid., p. 38.

²⁷³ Sobre o caráter restritivo do catálogo de direitos da CEDH, cfr. MARTINS, Ana Maria Guerra; ROQUE, Miguel Prata. A tutela multinível dos direitos fundamentais: a posição do Tribunal Constitucional Português. *Revista da ESMape*, Recife, v. 19; n. 40, p. 35-80, jul./dez. 2014, p. 46.

²⁷⁴ Cfr., a íntegra da decisão: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF n. 132*. Ministro: Ayres Britto, julgado em 5/5/2011, publicado em 14/10/2011. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=628633>>. Acesso em: 10 abr. 2020.

segurança jurídica e da proporcionalidade. O pedido da ADI, no mérito, era para que se declarasse obrigatório o reconhecimento, no Brasil, da união entre pessoas do mesmo sexo, como entidade familiar, e que os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis se estendessem aos companheiros nas uniões entre pessoas do mesmo sexo, com fundamento nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da vedação de discriminações odiosas, da liberdade e da proteção à segurança jurídica²⁷⁵.

Antes de passar para os argumentos expostos no voto do Ministro Ayres Britto, cumpre tecer breves notas sobre o arcabouço jurídico relativo ao tema. O art. 226, *caput*, da CRFB dispõe que a “família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”. Em seu § 3º, estabelece: “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”²⁷⁶.

Por seu turno, o Código Civil, de 10/1/2002, no seu art. 1.723, *caput*, dispõe que “É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”. No que respeita ao casamento, o art. 1.514 estabelece que “O casamento se realiza no momento em que o homem e a mulher manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal, e o juiz os declara casados”²⁷⁷.

Na ementa do julgado, destacam-se os seguintes trechos²⁷⁸:

EMENTA: 1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). (...) UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. (...)

2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO (...). DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. (...)

3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. (...) A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos (...)

²⁷⁵ Quanto aos pedidos, cfr. p. 11-13 e 16-17 do julgado.

²⁷⁶ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 13 mar. 2020.

²⁷⁷ BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 13 mar. 2020.

²⁷⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF n. 132*, loc. cit., p. 2-6.

4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. (...) . A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. (...)

(...)

6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (...). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de “interpretação conforme à Constituição”. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva.

O voto do Relator, Ministro Ayres Britto, baseou-se, principalmente, na ideia de que a CRFB impunha como valor a não discriminação em função de sexo ou orientação sexual e que não proibia expressamente a união estável entre pessoas do mesmo sexo. Em sua opinião, o reconhecimento desse direito a pessoas do mesmo sexo era a interpretação que melhor se ajustava aos direitos fundamentais norteadores da CRFB, devendo ser, portanto, reconhecido, ainda que a CRFB não o impusesse expressamente. Fez menção a que “ordenamentos jurídicos da Comunidade Europeia” reconhecem de forma literal a igualdade de tratamento independentemente de orientação sexual (Resolução do Parlamento Europeu, de 8 de fevereiro de 1994). Referiu-se, também, aos princípios basilares de igualdade da “primeira declaração norte-americana de direitos humanos”, a Declaração de Direitos do Estado da Virgínia, de 16 de junho de 1776²⁷⁹.

Os votos de outros Ministros também apresentam como suporte argumentos que remetem para a doutrina, jurisprudência ou legislação internacional, como, por exemplo, Luiz Fux, que tratou do direito norte-americano e europeu, e Gilmar Mendes, que trouxe um capítulo específico para estudo do direito comparado²⁸⁰.

²⁷⁹ Ibid.

²⁸⁰ Ibid., p. 70, 84 e 168-171.

Após a decisão proferida pelo STF e diante da inércia do Congresso Nacional em deliberar a respeito do tema²⁸¹, outros direitos foram sendo paulatinamente reconhecidos às uniões homoafetivas, por via judicial e administrativa. Nesse sentido, ainda em 2011, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) admitiu a habilitação para o casamento e, em 2013, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ)²⁸², por meio da Resolução n. 175²⁸³, vedou a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo²⁸⁴.

Esses desdobramentos posteriores à decisão do STF acerca da união estável entre pessoas do mesmo sexo demonstram empiricamente uma das consequências que foi explicada acima, nomeadamente o risco de se trazer insegurança jurídica nas mutações informais promovidas pela Justiça Constitucional. Isso poderia ser evitado por mutações promovidas por atos legislativos ou, idealmente, por alterações formais da Constituição.

O Parlamento, ao editar uma lei, precisa avaliar de forma ampla as consequências nos diversos ramos do direito, por isso possui experiência e capacidade institucional para tanto. Ao contrário, os tribunais constitucionais, ao proferirem uma decisão de fiscalização de constitucionalidade de leis, possuem um espectro de atuação mais restrito, uma vez que não devem usurpar a função legislativa de regular amplamente um determinado assunto. E possuem também uma capacidade institucional menor. Mesmo nos casos de mutações informais, em que se despe da figura do legislador negativo, a Justiça Constitucional não costuma disciplinar exaustivamente o tema em análise. Assim, por vezes, ao resolver um problema de concretização de direitos fundamentais, o Tribunal Constitucional acaba por criar outros decorrentes da

²⁸¹ Em setembro de 2011, posteriormente à decisão do STF, foi proposto o PLS – Projeto de Lei do Senado n. 612, que alterava os arts. 1.723 e 1.726 do Código Civil para permitir o reconhecimento legal da união estável entre pessoas do mesmo sexo. O projeto foi arquivado, em dezembro de 2018, sem que tivesse sido votado. Cfr. BRASIL. *Projeto de Lei do Senado nº 612, de 2011 - Casamento homoafetivo*. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/102589>>. Acesso em: 10 abr. 2020. Além disso, tramita, de 1995, na Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei n. 1.151, que disciplina a união civil entre pessoas do mesmo sexo.

²⁸² O CNJ é um órgão administrativo de controle externo com competência para o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes.

²⁸³ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº 175 de 14/05/2013*. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/1754>>. Acesso em: 10 abr. 2020.

²⁸⁴ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 13. ed., rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 457-ss; 619-ss.

insegurança jurídica causada pela não regulamentação de todos os aspectos concernentes ao direito que foi reconhecido.

A respeito da decisão do caso pelo STF, a doutrina brasileira pareceu dividida. Daniel Sarmiento e Souza Neto²⁸⁵ consideram que a decisão representou verdadeira mutação constitucional inspirada por princípios maiores da CRFB. Segundo eles, o texto constitucional, que representa um limite às mutações, não foi infringido no caso, pois, se não consagra expressamente a união estável entre pessoas do mesmo sexo, também não a veda. Em sentido oposto, Manoel Gonçalves Ferreira Filho²⁸⁶ também entende ter havido uma mutação constitucional no caso, porém empresta uma crítica negativa em relação à decisão. Para o constitucionalista, o STF teria assumido o papel de legislador constituinte, uma vez que a intenção do constituinte originário, ao fazer referência a homem e mulher, tinha “o objetivo declarado de vedar o reconhecimento como entidade familiar das uniões homossexuais”.

Explicado o contexto em que se passou a aceitar a união estável e o casamento entre pessoas do mesmo sexo, cumpre tecer algumas notas sobre a decisão tomada. Em primeiro lugar, é preciso perceber que existe certa discordância a nível moral e ideológico sobre o tema. Institutos jurídicos como família, casamento e união estável foram criados, em determinado contexto histórico, tendo como destinatários casais formados por pessoas de sexo diferente. O desacordo moral reside justamente na extensão desses mesmos direitos aos casais formados por pessoas do mesmo sexo.

O desenvolvimento de valores inicialmente morais comuns na sociedade ocidental vem levando a uma progressiva exigência de igualdade entre os indivíduos e de ausência de discriminação em razão de sexo ou orientação sexual. Esses valores morais acabam por fomentar o desenvolvimento de um sistema universal de direitos humanos que se expande para os Estados que compartilham uma visão comum a respeito do núcleo da sociedade. Neste aspecto é nítida a influência da globalização na alteração e homogeneização de ordenamentos jurídicos dos Estados ocidentais.

No aspecto jurídico, todavia, a questão já se mostra mais complexa. De antemão, verifica-se que, ao menos em uma interpretação literal do elemento textual dos

²⁸⁵ SARMENTO; SOUZA NETO, op. cit., 2017, p. 346 e 356 (em especial a nota n. 57).

²⁸⁶ FERREIRA FILHO, op. cit., 2012, p. 74.

dispositivos da CRFB e do Código Civil²⁸⁷, o instituto jurídico da união estável foi regulamentado sob a condição de ser formado entre “o homem e a mulher”.

O STF retirou de princípios jurídicos indeterminados um conteúdo axiológico que, segundo a decisão, permitia reinterpretar a regra constitucional que regulamentou o instituto jurídico da união estável. Embora boa parte da argumentação tenha se baseado em princípios jurídicos indeterminados positivados na CRFB, ficou demonstrado o reforço argumentativo emprestado por decisões proferidas por tribunais internacionais e por catálogos de direitos estrangeiros.

A despeito disso, ainda com base no elemento textual, concorda-se com a tese segundo a qual a CRFB não impede o reconhecimento de direitos em geral a casais homossexuais. No caso específico da união estável, a CRFB regula a forma como o instituto é reconhecido juridicamente e trata especificamente sobre “o homem e a mulher”. Ao delinear e regular o instituto para “o homem e a mulher”, a CRFB não veda a que a união estável seja reconhecida entre pessoas do mesmo sexo.

Antes da decisão do STF, a mudança social já estava em plena marcha. As uniões entre pessoas do mesmo sexo ocorriam na realidade social e as pessoas eram privadas de determinados direitos, por exemplo, previdenciários e assistenciais, por conta de uma ausência de previsão legal e de uma suposta proibição do Código Civil e da Constituição. Alguns Estados federados reconheciam alguns direitos, como é o caso do Rio de Janeiro, e as pessoas contavam com decisionismos em suas demandas judiciais.

Entende-se que esta mudança deveria ter sido captada pelo Congresso Nacional, por meio da alteração do Código Civil, ou, é claro, da própria Constituição. Em razão da inércia do órgão competente, a mudança foi captada pelo Judiciário e tornada obrigatória, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante. Contudo, o STF proferiu, provavelmente, uma sentença aditiva discricionária²⁸⁸, na medida em que, na prática, reconheceu uma omissão no dispositivo do Código Civil, na parte em que não previu a união estável entre pessoas do mesmo sexo, e resolveu a omissão para que a norma ficasse supostamente em conformidade com a Constituição. Ocorre que as expressões “união

²⁸⁷ Inicialmente, utiliza-se exclusivamente a interpretação literal para fins argumentativos.

²⁸⁸ Sobre as diversas espécies de sentenças normativas da Justiça Constitucional, cfr. MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça Constitucional: o direito do contencioso constitucional*. 2. ed., tomo II. Coimbra: Coimbra, 2011, p. 337 e ss, em especial p. 411 e ss; SAMPAIO, José Adércio Leite. As sentenças intermediárias de constitucionalidade e o mito do legislador negativo. In: CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). *Hermenêutica e jurisdição Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 159-194.

estável entre o homem e a mulher” e “entidade familiar” são idênticas tanto no art. 226, § 3º, da CRFB, quanto no art. 1.723 do Código Civil. Assim, na verdade, entende-se que seria possível caracterizar o julgado como uma verdadeira sentença de revisão constitucional.

Nesse sentido, sem prejuízo de se reconhecer, em termos morais, o necessário reconhecimento das uniões entre pessoas do mesmo sexo, a decisão do STF é passível de crítica sob a ótica jurídica.

4.2.1.4. O caso do casamento entre pessoas do mesmo sexo em Portugal

Diferentemente do que ocorreu no Brasil, a permissão para o casamento entre pessoas do mesmo sexo, em Portugal, ocorreu por meio da aprovação da Lei n.º 9/2010, em vigor a partir de 5/6/2010, que alterou o Código Civil português²⁸⁹. Antes da promulgação da lei, porém, a questão foi levada para fiscalização preventiva de constitucionalidade, ocasião em que o TCP decidiu pela não inconstitucionalidade do então projeto de lei (Acórdão n. 121/2010, Conselheiro Vítor Gomes, de 8/4/2010)^{290/291}.

A alteração do Código Civil português relaciona-se com uma mudança paulatina na sociedade ocidental no sentido de se aceitar o casamento entre pessoas do mesmo sexo, algo que foi captado e positivado pelo legislador infraconstitucional, mesmo em meio a polêmicas e disputas com setores contrários à permissão. Liga-se, assim, a aspectos alinhados à globalização e à difusão de valores relacionados à igualdade e à não discriminação em razão de orientação sexual.

Como será visto adiante, há uma certa dissonância sobre se a mudança ocorreu a partir de uma mutação informal da Constituição, seja por via legislativa, seja por via da Justiça Constitucional. Esta é a posição de parte da doutrina, que cogita, na verdade, de uma mutação inconstitucional. Por outro lado, o entendimento extraído dos julgados do TCP denota que, para o Tribunal, a CRP teria delegado a decisão ao legislador infraconstitucional, uma vez que a interpretação constitucional não apontaria seja para

²⁸⁹ PORTUGAL. *Código Civil*. Disponível em: <<https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/34509075/view>>. Acesso em: 26 mar. 2020.

²⁹⁰ PORTUGAL. Tribunal Constitucional. *Acórdão n. 121/2010*. Conselheiro Vítor Gomes, julgado em 8/4/2010. Disponível em: <<https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20100121.html>>. Acesso em: 7 abr. 2020.

²⁹¹ Para um estudo comparado sobre casamento entre pessoas do mesmo sexo, cfr. SÁEZ, Macarena (Org.). *Same sex couples: comparative insights on marriage and cohabitation*. Dordrecht: Springer, 2015. Em Portugal, cfr. SANTOS, Duarte. *Mudam-se os tempos, mudam-se os casamentos? O casamento entre pessoas do mesmo sexo e o direito português*. Coimbra: Coimbra, 2009.

uma obrigação de reconhecimento, seja para uma proibição do instituto. Neste caso, não haveria mutação constitucional, apenas uma alteração legislativa.

Impõe-se, inicialmente, descrever em detalhes como se deu a alteração do regime de casamento no caso português. A CRP estabelece, em seu art. 36, que “todos têm o direito de constituir família e de contrair casamento em condições de plena igualdade”. Ainda, determina, no art. 16, que os “preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem”. Estes trechos permanecem inalterados desde 1976. Na sexta revisão constitucional, em 2004, à redação do art. 13, n. 2, que trata do princípio da igualdade, foi acrescida a expressão “orientação sexual”^{292/293}.

Por seu turno, a DUDH, de 1948, em seu artigo 16, n. 1, estabelece que “A partir da idade núbil, o homem e a mulher têm o direito de casar e de constituir família, sem restrição alguma de raça, nacionalidade ou religião”²⁹⁴.

O Código Civil português, desde a redação originária de 1966 e mesmo com a alteração ocorrida em 1977, em seu art. 1.577, caracterizava o casamento como o “contrato celebrado entre duas pessoas de sexo diferente”. A Lei n.º 9/2010, em vigor a partir de 5/6/2010, alterou a redação do dispositivo para estabelecer o casamento como “o contrato celebrado entre duas pessoas que pretendem constituir família mediante uma plena comunhão de vida”²⁹⁵.

Explicado o panorama normativo para o instituto do casamento no ordenamento português, cumpre agora entender como a leitura originária do Código Civil e a alteração ocorrida em 2010 foi interpretada pelo TCP.

A doutrina portuguesa divide-se em três alternativas para o regime de casamento constante da CRP: o casamento entre pessoas do mesmo sexo seria uma exigência constitucional²⁹⁶; o casamento entre pessoas do mesmo sexo seria proibido

²⁹² PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa*. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/crp.html>>. Acesso em: 26 mar. 2020.

²⁹³ Art. 13, n. 2: “Ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica, condição social ou orientação sexual”.

²⁹⁴ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Universal Declaration of Human Rights*. Disponível em: <<https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>>. Acesso em: 7 abr. 2020.

²⁹⁵ PORTUGAL. *Código Civil*, loc. cit.

²⁹⁶ Se assim fosse, a consequência é que o critério de “sexo diferente” constante do texto originário do Código Civil, de 1966, não teria sido recepcionado pela Constituição de 1976.

constitucionalmente; e o casamento entre pessoas do mesmo sexo poderia ser reconhecido pelo legislador ordinário²⁹⁷. Acrescente-se uma quarta alternativa: o casamento entre pessoas do mesmo sexo poderia ser proibido pelo legislador ordinário. Essas duas últimas alternativas pressupõem uma posição constitucional neutra, cabendo a decisão (por proibir ou permitir) ao legislador infraconstitucional.

No Acórdão n. 359/2009²⁹⁸, o TCP negou provimento a um recurso interposto por duas pessoas de mesmo sexo que tiveram negado, pelo Registro Civil competente, o registro de casamento. O recurso foi interposto em face de decisão do Tribunal da Relação de Lisboa que sustentou o não cumprimento do requisito de serem pessoas de sexo diferente, conforme dispositivo do Código Civil. Na oportunidade, o TCP reconheceu justamente a quarta alternativa acima, à luz da vigência da redação anterior do Código Civil, que impunha como requisito para o casamento a condição de serem duas pessoas de sexo diferente. O TCP sustentou que o requisito legal não afrontava o princípio da igualdade e concluiu que a Constituição não obriga à consagração legal do casamento entre pessoas do mesmo sexo. Na argumentação, o TCP recorreu a extensa pesquisa comparada doutrinária e jurisprudencial²⁹⁹.

É importante perceber que, desde antes do advento da Lei n.º 9/2010, o TCP vinha se posicionando a partir de uma interpretação neutra do instituto, no sentido de o casamento entre pessoas do mesmo sexo não ser proibido nem imposto pela CRP, cabendo a decisão ao legislador infraconstitucional.

Em 8/4/2010, no âmbito do Acórdão n. 121/2010, em sede de fiscalização preventiva da constitucionalidade, o TCP decidiu não se pronunciar pela inconstitucionalidade das normas do projeto de lei que alterava a redação do Código Civil e permitia o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo^{300/301}.

²⁹⁷ Sobre essa sistematização em três alternativas possíveis, cfr. PORTUGAL. Tribunal Constitucional. *Acórdão n. 121/2010*, loc. cit.; e SANTOS, Duarte, op. cit., 2009, p. 283-291.

²⁹⁸ Antes, porém, da alteração do Código Civil, em 2010.

²⁹⁹ PORTUGAL. Tribunal Constitucional. *Acórdão n. 359/2009*. Conselheiro Carlos Pamplona de Oliveira, julgado em 9/7/2009. Disponível em: <<https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20090359.html>>. Acesso em: 7 abr. 2020. É importante reparar que não se considerou afronta ao princípio da igualdade mesmo após a inserção da expressão “orientação sexual” em 2004. De acordo com o julgado, “a ordem jurídica é alheia à orientação sexual dos indivíduos”.

³⁰⁰ PORTUGAL. Tribunal Constitucional. *Acórdão n. 121/2010*, loc. cit.

³⁰¹ Para um resumo dos argumentos usados pelo TCP no referido julgado, cfr. MARTINS, Ana Maria Guerra; ROQUE, Miguel Prata. Judicial Dialogue in a Multilevel Constitutional Network: the role of the Portuguese Constitutional Court. In: ANDENAS, Mads; FAIRGRIEVE, Duncan. *Courts and Comparative Law*. Oxford: Oxford University Press, 2015, p. 324-327.

Em sua fundamentação, o TCP buscou demonstrar como a defesa jurídica de homossexuais vinha sendo trabalhada na comunidade internacional. No âmbito de atos praticados pelo Conselho da Europa, destacou que, em 2007, o Conselho teria convidado os Estados-membros a aprovar legislação reconhecendo uniões entre pessoas do mesmo sexo. Demonstrou como o TEDH vinha buscando, em sua jurisprudência, remover discriminações em razão da orientação sexual, muito embora o TEDH interpretasse, ao abrigo do art. 12 da CEDH, o casamento como uma união entre um homem e uma mulher, ainda que com certa hesitação. O TEDH, contudo, reconhecia uma margem de apreciação mais alargada aos Estados nesta questão do casamento entre pessoas do mesmo sexo³⁰².

O TCP relatou como o Parlamento Europeu vinha, desde a década de 1990, instando os Estados a adotarem políticas de equiparação entre uniões heterossexuais e homossexuais. Reproduziu, também, a jurisprudência do TJUE sobre o tema e invocou as disposições do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia e da CDFUE. Explorou a forma como outros países na Europa vinham legislando sobre união civil e casamento entre pessoas do mesmo sexo. Em outros sistemas jurídicos, como Estados Unidos, Canadá e África do Sul, explicou que a institucionalização das uniões entre pessoas do mesmo sexo foi promovida por decisões judiciais. Trabalhou também a questão do casamento entre pessoas do mesmo sexto em tribunais constitucionais na Europa³⁰³.

Na argumentação, em suma, o TCP sustentou que a Constituição não proibiu nem obrigou o reconhecimento do direito ao casamento por pessoas do mesmo sexo, tendo adotado posição neutra e consagrado a opção por deixar a decisão sobre os requisitos do casamento a cargo do legislador infraconstitucional. No momento da elaboração da Constituição, o casamento entre pessoas do mesmo sexo não era permitido no Código Civil, mas o legislador infraconstitucional optou por alterar a regulamentação do instituto, não havendo inconstitucionalidade justamente porque a Constituição não proíbe³⁰⁴.

A respeito do artigo 16 da DUDH, o TCP reconheceu que o conceito de casamento lá exposto se refere à união entre um homem e uma mulher. No entanto, o TCP considerou que o sentido da norma da CRP que eleva a DUDH a critério de interpretação

³⁰² PORTUGAL. Tribunal Constitucional. *Acórdão n. 121/2010*, loc. cit.

³⁰³ Ibid.

³⁰⁴ Ibid.

e de integração em matéria de direitos fundamentais é de “alargar a cobertura constitucional dos direitos fundamentais e não o de a restringir ou limitar, extensiva ou intensivamente”. Em outras palavras, o art. 16, n. 2, da CRP aplica-se apenas “quando não conduza a uma solução menos favorável aos direitos fundamentais do que a interpretação ‘endógena’ da Constituição”^{305/306}.

Entre as diversas declarações de voto anexas ao acórdão, os Conselheiros José Borges Soeiro e Benjamim Rodrigues propuseram a inconstitucionalidade do dispositivo. Ambos consideraram que a alteração constante do projeto de lei, que afasta o requisito da diferença de sexos entre os nubentes, representaria uma mutação informal da Constituição. O primeiro considerou que seria uma mutação promovida por ato legislativo, enquanto o segundo entendeu que seria por via do próprio Tribunal Constitucional³⁰⁷.

Vê-se, portanto, que a interpretação constitucional conferida pelo TCP foi no sentido de uma neutralidade constitucional sobre o casamento entre pessoas do mesmo sexo, cabendo a decisão ao legislador infraconstitucional. Tal interpretação, no entanto, não encontrava unanimidade na doutrina, como já era de se esperar por se tratar de um tema de forte apelo ideológico³⁰⁸.

Entre os que interpretam a CRP no sentido de haver uma proibição ao casamento entre pessoas do mesmo sexo, Jorge Miranda e Rui Medeiros anotam, em relação ao artigo 36 da CRP, que “a Constituição não consagra um direito dos homossexuais a contraírem casamento”. Acrescentam que a Constituição, ao contrário, abriga a ideia do casamento como um contrato celebrado entre pessoas de sexo diferente como um dos princípios estruturantes do casamento na ordem jurídica portuguesa^{309/310}.

³⁰⁵ Ibid.

³⁰⁶ Jorge Miranda compartilha da mesma opinião sobre a interpretação do art. 16: “O art. 16.º, n.º 2, serve para reforçar a consistência e alargar o âmbito dos direitos, não para os diminuir ou restringir”. Cfr. MIRANDA, op. cit., 2013b, p. 40-41.

³⁰⁷ PORTUGAL. Tribunal Constitucional. *Acórdão n. 121/2010*, loc. cit.

³⁰⁸ Duarte Santos aponta, na doutrina, aqueles que adotavam uma posição de exigência, de proibição (entre eles, Jorge Miranda e Rui Medeiros) ou de neutralidade constitucional (entre eles, Gomes Canotilho e Vital Moreira). SANTOS, Duarte, op. cit., 2009, p. 283-291.

³⁰⁹ MEDEIROS, Rui; MIRANDA, Jorge. *Constituição Portuguesa anotada: artigos 1º a 79. 2. ed., rev. V. 1*. Lisboa: Universidade Católica, 2017, p. 594.

³¹⁰ Jorge Miranda tem defendido que a alteração promovida em 2010 no Código Civil é inconstitucional. Cfr. JN. *Casamento homossexual "é inconstitucional", reitera Jorge Miranda*. Disponível em: <<https://www.jn.pt/nacional/casamento-homossexual-e-inconstitucional-reitera-jorge-miranda-1520635.html>>. Acesso em: 8 abr. 2020.

No mesmo sentido, Carlos Blanco de Moraes³¹¹, no caso do Acórdão n. 121/2010, considera que o TCP “desvitalizou (ou derogou tacitamente) o disposto no n.º 2 do art.º 16.º da CRP, que determina que as normas sobre direitos fundamentais devem ser interpretadas e integradas à luz da (...) (DUDH)”. Entende que a decisão “amputou, sem fundamento material, o comando jurídico do n.º 2 art.º 16.º da CRP que impõe que a DUDH opere como parâmetro interpretativo geral, tanto na sua dimensão ‘bonificadora’ de direitos quanto na sua dimensão restritiva”. Conclui que o TCP “produziu uma alteração informal da Constituição com alcance redutivo”.

Por outro lado, no sentido de que a CRP nem obriga e nem proíbe o legislador de reconhecer o direito ao casamento entre pessoas do mesmo sexo, Gomes Canotilho e Vital Moreira, com certa hesitação, alegam que a CRP não contém um reconhecimento direto e obrigatório do casamento entre pessoas do mesmo sexo, porém não proíbe “necessariamente o legislador de proceder ao seu reconhecimento ou à sua equiparação aos casamentos”^{312/313}.

Viu-se, portanto, que o TCP interpreta a CRP de forma neutra, no sentido de o casamento entre pessoas do mesmo sexo não ser proibido nem obrigatoriamente reconhecido. Para essa sensibilidade, a alteração social decorreu de alteração legislativa infraconstitucional. Para alguns constitucionalistas portugueses, a alteração promovida pela Assembleia da República caracteriza-se como uma mutação informal (inconstitucional) da CRP.

De nossa parte, com o devido respeito às posições contrárias, alinha-se ao entendimento perfilado pelo Tribunal Constitucional. Em termos dogmáticos e com base em uma interpretação literal do art. 16 da DUDH³¹⁴, o dispositivo não estabelece

³¹¹ MORAIS, op. cit., 2013, p. 76.

³¹² GOMES CANOTILHO, Joaquim José; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*: artigos 1º a 107º. 4. ed., rev. V. 1. Coimbra: Coimbra, 2007, p. 568. Diz-se que há certa hesitação no pensamento dos constitucionalistas porque, na mesma obra, p. 562, menciona-se: “O primeiro dos requisitos do casamento, na sua noção tradicional, é o de que se trata de um contrato entre duas pessoas de sexo diferente, o que afasta da noção (...) as uniões de duas pessoas do mesmo sexo (sem prejuízo da eventual liberdade legislativa de atribuir a estas efeitos jurídicos idênticos ao casamento)”. Ora, atribuir efeitos jurídicos semelhantes a “uniões de duas pessoas do mesmo sexo” não significa reconhecer-lhes o direito ao casamento.

³¹³ Em obra individual, anterior à obra conjunta da nota anterior, Gomes Canotilho sustenta, por hipótese, que haveria uma “radical mudança de sentido das normas constitucionais” da CRP ao se “admitir que no art. 36.º/1 estão previstos os casamentos entre pessoas do mesmo sexo”. Cfr. GOMES CANOTILHO, op. cit., 2003, p. 1229-1230.

³¹⁴ Opta-se por desenvolver uma interpretação literal do art. 16 da DUDH porque é a partir de uma interpretação literal que a doutrina extrai um dos argumentos para apontar a proibição do casamento a pessoas do mesmo sexo.

necessariamente um comando proibitivo, uma vedação ao casamento ou à constituição de família entre pessoas do mesmo sexo. O que ele faz é reconhecer que “o homem e a mulher têm direito de casar e de constituir família”. Por questões de lógica, do reconhecimento expresso de um direito consagrado a “o homem e a mulher” não pode decorrer a vedação do exercício desse mesmo direito a dois homens ou a duas mulheres. Ao menos na lógica, a negação do preceito significaria que “o homem e a mulher não têm o direito de casar” e não que “dois homens ou duas mulheres não têm o direito de casar”. Também, ao se interpretar o dispositivo dessa forma, deveria ser vedado a duas pessoas do mesmo sexo, além do casamento, a constituição da família e toda a proteção do Estado nesse sentido.

Além disso, à época da entrada em vigor da DUDH, em 1948, não se cogitava do casamento e sequer da união entre pessoas do mesmo sexo. O primeiro país a reconhecer legalmente a união entre duas pessoas do mesmo sexo foi a Dinamarca, em 1989, e o primeiro a reconhecer legalmente o casamento foram os Países Baixos, em 2001³¹⁵. Considerando a teleologia da DUDH de respeito à dignidade e ao valor da pessoa humana e da igualdade de direitos dos homens e das mulheres, da proteção à família, a interpretação teleológica e sistemática mais adequada consiste em considerar a DUDH com um padrão mínimo de reconhecimento dos direitos humanos aos países signatários. Cabe ao ordenamento jurídico de cada Estado estabelecer a forma de constituição das famílias e o regime do casamento. No caso português, o constituinte optou por manter a delegação dessa tarefa ao legislador infraconstitucional, uma vez que o requisito do “mesmo sexo” já era previsto no Código Civil em vigor antes da promulgação da CRP.

A Declaração trata de reconhecimento e não de proibições ao reconhecimento de direitos. É um instrumento de promoção dos direitos humanos, não de restrição. Nesse sentido, julga-se adequada a interpretação exposta pelo TCP, no Acórdão n. 121/2010, no sentido de a DUDH servir como parâmetro interpretativo e integrativo para “alargar a cobertura constitucional dos direitos fundamentais e não o de restringir ou limitar”. É importante reforçar que essa interpretação do art. 16, n. 2, da CRP é compartilhada por Jorge Miranda, em seu Manual de Direito Constitucional, edição de 2013, portanto, posterior à alteração do Código Civil, onde expressamente defende que “o art. 16.º, n.º 2,

³¹⁵ SÁEZ, op. cit., 2015, p. 6-7.

serve para reforçar a consistência e alargar o âmbito dos direitos, não para os diminuir ou restringir”³¹⁶.

Essas são, portanto, as razões que fundamentam a consideração de que a interpretação conferida pelo TCP seria a mais adequada, com o devido respeito aos eminentes constitucionalistas que possuem entendimento contrário.

O que é importante perceber, neste caso, a despeito da discordância doutrinária, é como o desenvolvimento de um sistema universal de direitos humanos contribuiu, direta ou indiretamente, para alterar a forma como os ordenamentos jurídicos dos Estados ocidentais tratam a questão do reconhecimento de direitos dos homossexuais.

4.2.1.5. O caso da prisão civil do depositário infiel no Brasil

A vedação à prisão civil do depositário infiel, no Brasil, foi consequência de uma mutação informal da Constituição promovida por meio da incorporação de um tratado internacional ao ordenamento interno, mas que precisou de uma decisão do STF para que fosse observado na realidade jurídica brasileira.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica) foi adotada em novembro de 1969 e entrou em vigor internacional em julho de 1978. O Brasil aderiu à Convenção em 1992, tendo entrado em vigor para o país em setembro de 1992. Em seu art. 7º, estabelece que ninguém deve ser detido por dívidas, salvo em caso de inadimplemento de obrigação alimentar³¹⁷.

Ocorre que o art. 5º, inciso LXVII da CRFB de 1988, dispõe que “não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”³¹⁸.

A prisão civil do depositário infiel era praticada no ordenamento brasileiro com fundamento direto no art. 652 do Código Civil de 2002³¹⁹. Além disso, o Enunciado n. 619 da Súmula do STF dispunha que a prisão de depositário judicial poderia ser decretada no próprio processo em que se constituir o encargo³²⁰.

³¹⁶ MIRANDA, op. cit., 2013b, p. 40-41.

³¹⁷ RAMOS, op. cit., 2020, p. 222-224.

³¹⁸ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, loc. cit.

³¹⁹ O dispositivo, que tem conteúdo semelhante ao disposto no Código Civil de 1916, dispõe que “seja o depósito voluntário ou necessário, o depositário que não o restituir quando exigido será compelido a fazê-lo mediante prisão não excedente a um ano, e ressarcir os prejuízos”. Cfr. BRASIL. *Código Civil*, loc. cit.

³²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Enunciado n. 619 da Súmula do Supremo Tribunal Federal*. Aprovado em 17/10/1984. Publicado em 29/10/1984. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula>>. Acesso em: 13 mar. 2020.

Assim, antes do Pacto de San José da Costa Rica, imperava no Brasil o entendimento quanto à possibilidade de prisão civil do depositário infiel, com fundamento no Código Civil e na própria CRFB.

A partir de 1992, a prisão civil do depositário infiel passou a ser vedada, de acordo com a norma extraída da Convenção. Por outro lado, o Código Civil de 1916, então vigente, e o Código Civil de 2002, que o substituiu, continuavam a prever a prisão civil do depositário infiel.

Em 2008, no bojo do RE 466.343/SP³²¹, de relatoria do Ministro Cezar Peluso, o STF firmou a tese de que “é ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito”, nos seguintes termos:

EMENTA: PRISÃO CIVIL. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insustentação da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito.

Embora o aspecto não tenha sido explorado no Voto do Relator, destaca-se que o Ministro Gilmar Mendes, em seu Voto, abordou a hierarquia supralegal dos tratados internacionais que cuidam da proteção dos direitos humanos. Nessa linha, segundo ele, a norma constante do Pacto de San José da Costa Rica sobre a prisão civil por dívida, embora não tenha revogado a previsão constitucional da prisão civil do depositário infiel, teria projetado um “efeito paralisante” em relação à legislação infraconstitucional que estabelecia a prisão civil do depositário infiel, nomeadamente, o art. 652 do Código Civil. Dessa forma, desde a adesão do Brasil ao Pacto, não haveria fundamento legal para a prisão civil do depositário infiel^{322/323}.

³²¹ Id., RE n. 466.343. Ministro: Cezar Peluso, julgado em 3/12/2008, publicado em 5/6/2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>>. Acesso em: 27 abr. 2020. O tema também foi abordado em outros julgados do STF, à época, a exemplo do HC n. 87.585/TO, RE n. 349.703/RS, HC n. 91.361/SP e HC n. 95.967/MS.

³²² Ibid. O mesmo entendimento vem expresso nos itens 9.4.3.2 e 9.4.4 da obra BRANCO; MENDES, op. cit., 2020.

³²³ É possível aqui apontar uma possível contradição em termos teóricos na tese do Ministro Gilmar Mendes. Ele sustenta o efeito supralegal do Pacto de San José da Costa Rica, que, embora não tenha revogado a previsão constitucional da prisão civil do depositário infiel, teria projetado

Vale destacar, neste caso, que o recurso à Convenção não se observa como parte apenas do *obiter dictum*, como reforço argumentativo, mas faz parte da *ratio decidendi* da decisão, com menção expressa na ementa do julgado^{324/325}.

Em seguida, em 2009, o STF editou a Súmula Vinculante n. 25³²⁶, cujo texto dispõe que “é ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito”.

Este caso concreto, que afirma a ilicitude da prisão civil do depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito, ilustra um caso de mutação informal veiculada pela internacionalização de direitos humanos por meio de tratados internacionais.

A mutação já vinha ocorrendo de forma tímida em decisões judiciais que negavam a prisão em certas modalidades de depósito, mas foi formalizada por meio da celebração de um tratado internacional, cuja iniciativa pertence ao Presidente da República, como Chefe de Estado, e depende da concordância do Congresso Nacional.

um efeito paralisante em relação à legislação infraconstitucional. Ora, de acordo com esse raciocínio, depreende-se que a norma constitucional permaneceu intacta, na medida em que ainda permite a prisão do depositário infiel. O que não mais permite a prisão é uma norma infraconstitucional e supralegal. Assim, a vigência do Pacto de San José da Costa Rica e sua posterior aplicação pelo STF não teria significado, em termos teóricos, um conteúdo politicamente inovador na CRFB a ponto de caracterizar uma verdadeira mutação. A despeito disso, no mesmo Voto, o Ministro afirma que “a evolução jurisprudencial sempre foi uma marca de qualquer jurisdição de perfil constitucional. A afirmação da mutação constitucional não implica o reconhecimento, por parte da Corte, de erro ou equívoco interpretativo do texto constitucional em julgados pretéritos”.

³²⁴ O recurso a textos constitucionais e precedentes jurisdicionais de Estados estrangeiros tem sido cada vez mais usado como parte da *ratio decidendi*, cfr. NEVES, op. cit., 2014. Acrescente-se que se observa, também, o recurso a catálogos de direitos fundamentais e à jurisprudência de tribunais internacionais ou supranacionais.

³²⁵ Por outro lado, Virgílio Afonso da Silva sustenta que a mudança de orientação do STF sobre a prisão do depositário infiel teria sido causada “não por uma aceitação maior da interação entre o direito constitucional e o direito internacional, mas pura e simplesmente em razão de uma mudança no texto constitucional, por meio da EC 45/2004”. SILVA, Virgílio Afonso da, op. cit., 2010, p. 528.

³²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Enunciado n. 25 da Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal*. Aprovado em 16/12/2009. Publicado em 23/12/2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante>>. Acesso em: 13 mar. 2020.

Em que pese o tratado ter entrado em vigor no Brasil em 1992, o STF teve o mérito pacificar a questão no âmbito do Judiciário nacional, em 2008 e 2009^{327/328}.

Trata-se, também, de um caso um tanto complexo em razão da expressão literal de uma cláusula pétrea da CRFB, na parte onde afirma que “não haverá prisão civil por dívida, salvo a do (...) depositário infiel”. O STF precisou interpretar o dispositivo como tendo um caráter garantista em seu comando principal (vedação à prisão civil por dívida), mas apenas permissivo (e não obrigatório) quanto à delegação ao legislador infraconstitucional para disciplinar as exceções³²⁹.

4.2.2. Mutações informais promovidas por meio do exercício da função legislativa

Anna Ferraz³³⁰ aponta, em rol exemplificativo, que a mutação promovida por atos legislativos ocorre quando a legislação infraconstitucional: altera o sentido atribuído aos conceitos fixados pela norma constitucional para adaptá-la a novos contextos sociais; altera, amplia ou restringe o programa esboçado pela norma constitucional; ou resolve omissões ou obscuridades constitucionais, dando novo alcance ao texto constitucional³³¹.

A Constituição e a lei são, em geral, textos escritos que precisam ser interpretados para que deles se retire uma norma geral e abstrata³³². Os dispositivos constitucionais, tanto princípios como regras, costumam possuir um grau de abstração e indeterminação maior quando comparados com princípios e regras legais. A ideia é simples: quanto mais se vai descendo em direção à base da pirâmide normativa, menor

³²⁷ A mutação inerente à decisão do STF no RE n. 466.343/SP foi expressamente afirmada nos Votos dos Ministros Gilmar Mendes e Celso de Mello. Cfr. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE n. 466.343*, loc. cit.

³²⁸ O mesmo julgado, RE n. 466.343/SP, traz consigo uma outra mutação informal, uma espécie de revisão indireta, na dicção de Jorge Miranda, operada em consequência da inclusão, por meio da EC n. 45/2004, do § 3º do art. 5º da CRFB. Com efeito, o referido dispositivo estabelece que os tratados internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados nos termos dos procedimentos previstos para emendas constitucionais serão a elas equivalentes. Em razão dessa inclusão, o STF reviu seu posicionamento sobre os tratados internacionais de direitos humanos, passando a considera-los como tendo hierarquia supralegal.

³²⁹ Seria possível cogitar, na esteira da tese defendida pelo Ministro Gilmar Mendes,

³³⁰ FERRAZ, op. cit., 2015, p. 92.

³³¹ Importante lembrar que a mutação depende da sedimentação do novo sentido ao longo do tempo, ou seja, embora possa ter origem com a prática pontual de um ato ou a ocorrência de um fato, sua consolidação depende da reiterada observância do ato ou fato que lhe deu origem.

³³² Vale recordar a noção de que texto e norma não se confundem. A norma é o produto da interpretação do texto, dispositivo ou enunciado normativo correspondente. “Em outras palavras, o texto é algo que se interpreta; a norma é o produto da interpretação, que, além do texto, deve considerar toda uma gama de outros elementos, dentre os quais o âmbito da realidade social sobre o qual a norma incide”. Cfr. SARMENTO; SOUZA NETO, op. cit., 2017, p. 362.

grau de abstração e indeterminação devem ter as regras jurídicas, justamente para que os casos concretos possam ser solucionados.

Nesses termos, a mutação aqui estudada acontece quando, com fundamento na interpretação de uma lei infraconstitucional superveniente à Constituição, os órgãos estatais retiram do texto legal uma norma jurídica com conteúdo politicamente inovador quando comparada com a norma jurídica extraída a partir do texto legal anterior ou, quando não há lei anterior, do próprio texto constitucional.

Importa recordar que a interpretação de um dispositivo legal se faz em consonância com o princípio ou regra constitucional que lhe dá suporte normativo ou com a Constituição como um todo, sendo certo que, por conta da indeterminação dos dispositivos constitucionais, o dispositivo legal interpretado pode assumir significados diversos. É neste sentido que a alteração formal de uma lei pode levar à extração de uma norma legal que corresponda a um significado politicamente distinto da Constituição.

A mutação informal promovida no exercício da função legislativa pode ter origem em uma lei editada isoladamente ou em um conjunto de alterações legislativas aprovadas sucessivamente. A edição de uma única lei pode ter o efeito de proporcionar a alteração da interpretação constitucional a respeito de determinado tema. É o caso do casamento entre pessoas do mesmo sexo em Portugal. De forma diferente, a edição de sucessivas leis ou atos normativos ao longo do tempo, a despeito de não caracterizar cada uma delas uma mutação informal propriamente dita, pode ter o efeito de, sistematicamente e em conjunto, dar novo sentido à ordem jurídico-constitucional em determinado tema. É o caso das desestatizações no Brasil, a partir da década de 1990. Ambos os casos serão analisados mais adiante³³³.

No que se refere ao objeto deste estudo, alguns movimentos relacionados à globalização exercem, em particular, pressões no legislador infraconstitucional. Essas influências podem ser comumente observadas no âmbito da dimensão econômica da globalização, no que se refere à edição de leis que reorientem o Estado no sentido de consagrar regras e princípios caros ao neoliberalismo econômico. Ocorre da mesma forma

³³³ Outro exemplo de alterações legislativas sistemáticas que promoveram mutações informais é o movimento dos direitos civis nos Estados, a partir da década de 1960. No âmbito da Constituição norte-americana, há ocasiões em que a superveniência de uma lei infraconstitucional serve como fundamento para alterar a interpretação de princípios constitucionais. Por exemplo, o *Civil Rights Act*, de 1964, entre outras medidas, promoveu uma releitura do princípio constitucional da igualdade (*equal protection of the law*) e vedou discriminações raciais nas relações privadas. Cfr. SARMENTO; SOUZA NETO, op. cit., 2017, p. 350.

com a edição de leis que consagram valores alinhados ao sistema universal direitos humanos.

Uma das causas dessa influência exercida pelo neoliberalismo tem relação com a dependência que os Estados nacionais possuem de recursos financeiros externos em meio a uma economia globalizada sensível a questões como equilíbrio da balança comercial (relação entre importações e exportações) e do câmbio. A tomada de decisão entre destinar recursos e investir em um Estado ou outro é feita em função da aderência a políticas impostas do exterior (geralmente por economias centrais, organismos internacionais, empresas transnacionais ou por administradores de recursos financeiros que transitam globalmente). O juízo de valor que esses agentes externos emitem a respeito da saúde econômico-financeira ou do alinhamento do Estado às regras de uma cartilha econômica neoliberal interfere de forma decisiva no fluxo de recursos que esse Estado recebe ou perde e, portanto, na economia como um todo³³⁴.

Entre os efeitos, destaca-se que o fenômeno representa uma paulatina corrosão do sistema de democracia representativa, na medida em que, conforme bem observado por António José Avelãs Nunes³³⁵, com apoio em Wolfgang Streeck, o neoliberalismo representa um processo esvaziamento da democracia, pois pressupõe a prevalência do mercado sobre a política, ou seja, a imunização do capitalismo contra intervenções da democracia³³⁶.

Em linha com o que sustenta Paulo Otero³³⁷, seria como se existisse um poder político-econômico externo aos Estados “soberanos” que, embora de base autovinculativa, dita, de forma silenciosa, o conteúdo das opções políticas de cada Estado, principalmente em matéria econômica, financeira e social (também de direitos humanos, em alguma medida). Esse poder atua por meios convencionais que impulsionam o processo legislativo interno nos Estados, independentemente do partido e da ideologia política dominante.

³³⁴ Nesse sentido, cfr.: VIEIRA, op. cit., 1999, p. 45-46; OLIVEIRA FILHO, Luiz Chrysostomo de. *Etapas da desestatização no Brasil: 30 anos de história*. Disponível em: <<http://iepecdg.com.br/>>. Acesso em: 6 mai. 2020. Em especial, p. 5.

³³⁵ NUNES, op. cit., 2018, p. 15-16.

³³⁶ Nesse mesmo sentido, cfr.: LIMA, op. cit., 2006, p. 57; FARIA, José Eduardo Campos de Oliveira. Direitos humanos e globalização econômica: notas para uma discussão. *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 11, n. 30, p. 43-44, ago. 1997.

³³⁷ Paulo Otero trata, na verdade, das revisões constitucionais havidas na CRP motivadas pela influência de um “poder constituinte informal da União Europeia”. De qualquer forma, a tese sustentada também se aplica à legislação infraconstitucional em geral. Cfr. OTERO, op. cit., 2010a, p. 239.

É como se o suporte teórico-ideológico dos partidos políticos servisse mais para definir o vencedor das eleições e menos para orientar o programa de governo a ser posteriormente exercido. Para os Estados alinhados a esse sistema de economia globalizada, pouco importa se o partido ou coalização vencedores das eleições se situam em espectro ideológico contrário ao liberalismo econômico, pois, em alguma medida, os atos de governo acabam por ser orientados a seguir as políticas neoliberais, com respaldo do Parlamento. Esse fenômeno representa o enfraquecimento da soberania interna do Parlamento na decisão dos rumos políticos. E, na essência, a política perdem espaço, pois os mecanismos de mercado acabam ditando em alguma medida a “vontade popular” revelada pelo Parlamento ou pelo chefe de governo^{338/339}.

Passa-se aos estudos de caso da privatização no Brasil e do casamento entre pessoas do mesmo sexo em Portugal, com o objetivo de ilustrar o paradoxo mostrado acima.

4.2.2.1. O caso do Programa Nacional de Desestatização no Brasil

O movimento de privatizações da segunda metade do Século XX tem raízes históricas no fim dos anos 1970, na Inglaterra, tendência que foi seguida por outros países europeus ocidentais na década de 1980. A partir do Consenso de Washington, em 1989, o movimento passou a abarcar países em desenvolvimento, especialmente na América Latina^{340/341}.

³³⁸ Nesse mesmo sentido de enfraquecimento do sistema de democracia representativa pelo mercado, cfr. MORAIS, Carlos Blanco de. *O sistema político: no contexto da erosão da democracia representativa*. Coimbra: Almedina, 2017, em especial, p. 108-113; FARIA, op. cit., 1997, p. 48-ss.

³³⁹ Miguel Nogueira de Brito possui leitura semelhante, mas no que se refere à revisão da CRP de 1997. Segundo o jurista português, a revisão de 1997, acordada entre os dois maiores partidos políticos, sem debate adequado, teria sido uma forma de alinhar as dimensões política e econômica da CRP a um padrão europeu de disciplina orçamental estrita, com o consequente enfraquecimento das políticas sociais. Segundo ele, “a revisão constitucional em causa não se destinou a que o soberano nacional exercesse o seu controlo sobre o poder do governo da União, mas foi antes utilizada como estratégia de legitimação desse poder”. Cfr. BRITO, op. cit., 2015, p. 626-628. Sobre os dois partidos que protagonizaram a revisão, foram eles o Partido Socialista e o Partido Social-Democrata, cujos integrantes votaram, em sua maioria, favoravelmente à aprovação do texto final. Cfr. MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo I, 2, 10. ed., rev., atual. Coimbra: Coimbra, 2014b, p. 236.

³⁴⁰ PINTO JUNIOR, Mario Engler. *O Estado como acionista controlador*. 2009. 516 p. Tese (Doutorado em Direito Comercial). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <<https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-17112011-111844/pt-br.php>>. Acesso em: 8 mai. 2020, p. 49-54.

³⁴¹ As reformas do Estado e as políticas de privatização ocorreram, desde os anos 1980, em diversos continentes e em paralelo. O Brasil nunca esteve isolado. OLIVEIRA FILHO, loc. cit., em especial, p. 8.

A CRFB, promulgada em outubro de 1988, alinha-se, em sua origem, à concepção social de constitucionalismo, tendo como características ser dirigente ou programática, mas compromissória, na medida em que resultou do compromisso possível entre diversas forças políticas. A regulação da ordem econômica resultou do compromisso possível entre diversas forças políticas. Assim, aderiu expressamente ao regime capitalista, mas reservou espaços para a regulação estatal da economia, sendo a intervenção estatal direta excepcional, justificável apenas “quando necessária aos imperativos de segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei”³⁴².

A despeito de a CRFB caracterizar a intervenção estatal direta na economia como excepcional, o fato é que, em termos normativos, a própria CRFB conferia ao Estado o monopólio na exploração de diversas atividades, bem como determinava que o Estado prestasse serviços públicos diretamente ou mediante delegação a empresas controladas pelo Estado. E, na realidade institucional, o Estado efetivamente participava da atividade econômica, diretamente ou por empresas controladas.

É nesse contexto histórico que a CRFB de 1988 “foi pega no contrapé pela onda neoliberal que varreu o mundo, e que se intensificou a partir da queda do Muro de Berlim”³⁴³. A versão originária do texto constitucional “continha traços mais estatizantes e refratários à presença do capital estrangeiro no país”. Porém, a partir dos anos 90, “reformas constitucionais de inclinação liberal (...) esmaeceram essas feições da Constituição, sem, no entanto, comprometerem a cosmovisão econômica social-democrática do texto constitucional”³⁴⁴.

Oscar Vilhena Vieira³⁴⁵ menciona expressamente que as referidas reformas foram feitas sob o argumento de ser necessário “adaptar o Estado brasileiro às demandas da globalização”. O jurista assevera que as reformas decorreram “fundamentalmente da imposição das economias centrais, das agências intergovernamentais de financiamento, como o FMI e o Banco Mundial, e das empresas de caráter transnacional”.

O que se pretende demonstrar é que as diversas reformas ocorridas na ordem jurídico-constitucional brasileira, a partir dos anos 1990, reorientaram a finalidade em

³⁴² SARMENTO; SOUZA NETO, op. cit., 2017, p. 171-175.

³⁴³ SARMENTO, Daniel. Direitos sociais e globalização: limites ético-jurídicos ao realinhamento constitucional. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 223, p. 153-168, jan. 2001, p. 162. No mesmo sentido, e ainda anterior, cfr. VIEIRA, op. cit., 1999, p. 40.

³⁴⁴ SARMENTO; SOUZA NETO, op. cit., 2017, p. 175.

³⁴⁵ VIEIRA, op. cit., 1999, p. 45-46.

busca da qual o Estado intervinha na ordem econômica. Com fundamento em diversas emendas constitucionais e alterações legislativas, o Estado, que possuía o controle acionário de diversas empresas estatais, implementou um sistemático programa de alienação do controle dessas empresas, bem como de delegação da prestação de serviços públicos³⁴⁶.

Em linha com o que vem sendo defendido nesta pesquisa, esse amplo programa de desestatização foi motivado, em parte, pela filosofia neoliberal que se difundia na mesma época em que a Constituição foi promulgada. A análise sistemática das emendas constitucionais e dos atos normativos infraconstitucionais editados no período permite identificar uma substancial reorientação política da Constituição econômica brasileira³⁴⁷.

O texto originário da CRFB não tratava diretamente sobre privatização de empresas estatais. Estabelecia apenas que, ressalvados os casos previstos na Constituição, a exploração direta da atividade econômica pelo Estado seria permitida apenas em caso de “imperativos da segurança nacional” ou a “relevante interesse coletivo”, conforme definidos em lei (art. 173). E estabelecia que competia à União explorar, diretamente ou mediante concessão a empresas sob controle estatal, serviços telefônicos, telegráficos, de transmissão de dados e demais serviços públicos de telecomunicações (art. 21, XI)³⁴⁸.

Embora tenham ocorrido alguns casos isolados anteriormente, o movimento mais incisivo de privatização teria surgido a partir do governo de Fernando Collor (1990-1992), com o lançamento do Programa Nacional de Desestatização (PND), que teria como pano de fundo a mudança de percepção sobre o papel das empresas estatais na economia brasileira. As medidas adotadas colocaram em questão o modelo de economia

³⁴⁶ Não se pretende empreender um exame exaustivo da temática das desestatizações, mas apenas apresentar um panorama das principais mudanças, nomeadamente as iniciais.

³⁴⁷ Como já foi defendido anteriormente, não se trata de uma mutação informal isolada, mas de uma reorientação constitucional promovida por sucessivas emendas e leis.

³⁴⁸ Seguem os referidos artigos do texto originário da CRFB:

Art. 21. Compete à União: (...) XI - explorar, diretamente ou mediante concessão a empresas sob controle acionário estatal, os serviços telefônicos, telegráficos, de transmissão de dados e demais serviços públicos de telecomunicações, assegurada a prestação de serviços de informações por entidades de direito privado através da rede pública de telecomunicações explorada pela União; Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. (...)

Cfr. BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil. Publicação original*. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1988/constituicao-1988-5-outubro-1988-322142-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 13 mar. 2020.

amplamente estatizada, a despeito de o programa não fazer parte de um projeto mais amplo de reformas estruturais e redefinição do papel do Estado³⁴⁹.

O PND foi criado pela Medida Provisória n. 155/1990³⁵⁰, assinada pelo Presidente Fernando Collor, posteriormente convertida na Lei n. 8.031/1990³⁵¹. A exposição de motivos que acompanhava a medida provisória mencionava que o programa cumpriria “o papel de reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo para a iniciativa privada atividades atualmente exploradas pelo setor público”^{352/353}.

Enquanto no governo de Fernando Collor as privatizações foram limitadas, pois não abrangeram setores monopolistas de petróleo, gás, eletricidade e telecomunicações, o governo de Fernando Henrique Cardoso (1995-2002) trouxe uma mudança de visão ao substituir o papel do Estado produtor pelo de Estado regulador^{354/355}.

Logo no início do governo Fernando Henrique Cardoso, foi aprovada a Lei 8.987/1995, de 13/2/1995, que dispunha sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, regulamentando o art. 175 da CRFB³⁵⁶. Ainda no campo infraconstitucional, a Medida Provisória n. 1.481-52/1997, assinada pelo Presidente Fernando Henrique Cardoso, foi posteriormente convertida na Lei n. 9.491/1997³⁵⁷. Por meio dessa lei, foram alterados procedimentos relativos ao PND e foi revogada a Lei

³⁴⁹ PINTO JUNIOR, Mario Engler, op. cit., 2009, p. 64-65.

³⁵⁰ Nos termos do art. 62 da CRFB, o Presidente da República pode adotar, em caso de relevância e urgência, medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional. BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, loc. cit.

³⁵¹ BRASIL. *Lei n. 8.031, de 12 de abril de 1990*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8031.htm>. Acesso em: 13 mar. 2020.

³⁵² BRASIL. *Medida Provisória n. 155, de 15 de Março de 1990*. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/medpro/1990/medidaprovisoria-155-15-marco-1990-370449-norma-pe.html>>. Acesso em: 13 mar. 2020.

³⁵³ O art. 1º, I, da Lei 8.031/1990 inclui entre os objetivos do programa “reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público”. Ressalte-se que a lei passou a considerar as atividades “indevidamente exploradas pelo setor público”.

³⁵⁴ PINTO JUNIOR, op. cit., 2009, p. 66-67. No mesmo sentido, cfr. SARMENTO; SOUZA NETO, op. cit., 2017, p. 179-180.

³⁵⁵ Considera-se que o período entre 1997 e 2002 foi o mais relevante para a questão das privatizações e que efetivamente permitiu que o Brasil se tornasse um dos maiores receptores de investimentos externos do mundo. OLIVEIRA FILHO, loc. cit., em especial, p. 5.

³⁵⁶ Detalhe importante é que esta lei teve origem no Projeto de Lei do Senado n. 179, de 1990, de autoria do então Senador Fernando Henrique Cardoso. Cfr. BRASIL. *Projeto de Lei do Senado n. 179, de 1990 - Lei de Concessões*. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/29077>>. Acesso em: 10 abr. 2020.

³⁵⁷ BRASIL. *Lei n. 9.491, de 9 de setembro de 1997*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19491.htm>. Acesso em: 13 mar. 2020.

n. 8.031/1990. Por fim, aprovou-se a Lei n. 9.472/1997³⁵⁸, a chamada Lei Geral de Telecomunicações, que permitiu a privatização de todo o setor de telecomunicações em 1998.

Na seara constitucional, destacam-se as emendas constitucionais n. 5, 6, 8 e 9, todas promulgadas no ano de 1995. Em resumo, a EC n. 5, de 15/8/1995, permitiu que os Estados federados concedessem à iniciativa privada a exploração de serviços de gás canalizado. A EC n. 8, de 15/8/1995, e a EC n. 9, de 9/11/1995, permitiram a privatização de serviços de telecomunicações e petróleo. A EC n. 6, de 15/8/1995, acabou com o tratamento favorecido conferido pela Constituição às empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte³⁵⁹.

Nos governos que se seguiram, de Luís Inácio Lula da Silva (2003-2010) e Dilma Rousseff (2011-2016), verificou-se um certo retrocesso a respeito do papel do Estado na economia. A agenda de desestatização continuou a ser promovida, ainda que em ritmo menor, mas a participação do Estado na economia aumentou³⁶⁰.

Estima-se que, entre 1990 e 2015, tenham sido efetivamente realizadas 99 desestatizações em diversos setores da economia, considerando apenas o Governo Federal, sem contar os setores de telecomunicações, bem como as concessões de aproveitamentos hidrelétricos e linhas de transmissão³⁶¹.

Comparando-se o arcabouço jurídico de intervenção estatal na economia do texto originário da Constituição com o existente após essa primeira fase de amplas reformas (até a EC n. 9/1995), verifica-se que o papel do Estado, nomeadamente da União, foi paulatinamente reduzido, seja por meio do fim de monopólios na efetiva exploração de atividades, seja por meio da autorização de delegação de serviços públicos para empresas privadas não controladas. A única atividade que permaneceu como monopólio da União foi a exploração de minérios nucleares. Na prática, diversos outros setores da atividade produtiva foram efetivamente transferidos à iniciativa privada, como,

³⁵⁸ BRASIL. *Lei n. 9.472, de 16 de julho de 1997*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19472.htm>. Acesso em: 13 mar. 2020.

³⁵⁹ VIEIRA, op. cit., 1999, p. 43.

³⁶⁰ OLIVEIRA FILHO, loc. cit., em especial, p. 6-7.

³⁶¹ Diversos dados sobre o PND podem ser obtidos no *site* do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES). Cfr. BNDES. *Desestatização*. Disponível em: <<https://www.bndes.gov.br/wps/portal/site/home/transparencia/desestatizacao>>. Acesso em: 11 mai. 2020.

por exemplo, para citar apenas os principais, siderurgia, mineração, química e petroquímica e elétrico.

É importante perceber que o suporte normativo que permitiu a efetiva alteração da estrutura institucional de exploração estatal da atividade econômica foi dado inicialmente por atos normativos infraconstitucionais, nomeadamente a medida provisória editada por Fernando Collor que veio a ser convertida na primeira lei do PND, ainda em 1990. Na sequência, e edição, por Fernando Henrique Cardoso, da Lei de Concessões, de fevereiro de 1995. Apenas a partir da EC n. 5, de agosto de 1995, é que a questão das desestatizações tomou status constitucional. Esse fato permitiu dar segurança jurídica às desestatizações, que vinham sendo questionadas judicialmente^{362/363}.

É neste sentido que se sustenta que a aprovação de seguidos atos normativos provocou uma alteração informal da realidade constitucional vigente, com a reorientação efetiva do papel do Estado enquanto agente explorador da atividade econômica. É verdade que essa reorientação foi posteriormente ratificada por alterações constitucionais formais. Isso não permite desconsiderar, todavia, que as desestatizações foram promovidas, nos anos iniciais, com fundamento em atos normativos infraconstitucionais.

E, como dito, o pano de fundo dessas mudanças relaciona-se com a filosofia neoliberal alinhada à dimensão econômica da globalização que se expandia pelo mundo à época. A título de ilustração, importa recordar que os governos dos presidentes Fernando Henrique Cardoso, de 1995 a 2002, e Luiz Inácio Lula da Silva, de 2003 a 2010, que contavam com maioria no Congresso Nacional, a despeito de serem filiados a partidos à esquerda do espectro político, intensificaram ou mantiveram a execução do programa nacional de desestatização³⁶⁴.

4.2.2.2. A questão do casamento entre pessoas do mesmo sexo em Portugal

³⁶² VIEIRA, op. cit., 1999, p. 42-43.

³⁶³ Situação semelhante ocorreu em Portugal. Como se sabe, o texto originário da CRP possuía um viés socialista de apropriação coletiva dos meios de produção. Por meio de lei ordinária, o legislador relativizou o princípio da irreversibilidade das nacionalizações, parcialmente em razão da integração europeia. Com efeito, a lei passou a permitir a privatização de 49% do capital de uma empresa. Isso significa que o controle permaneceria com o Estado. Posteriormente, com a revisão constitucional de 1989, é que o regime econômico foi efetivamente alterado a ponto de permitir a privatização integral dos bens nacionalizados. Cfr. MORAIS, op. cit., 2013, p. 67-68.

³⁶⁴ Fernando Henrique Cardoso foi eleito pelo Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB) e Luís Inácio Lula da Silva, pelo Partido dos Trabalhadores (PT). Para ilustrar a maioria que os dois ostentavam no Congresso Nacional, é importante observar, por exemplo, que, em seus governos (oito anos cada), foram aprovadas, respectivamente, 35 e 28 emendas constitucionais. Cfr. BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, loc. cit.

Conforme foi analisado no item 4.2.1.4, o casamento entre pessoas do mesmo sexo foi reconhecido no ordenamento jurídico português pela Lei n.º 9/2010, em vigor a partir de 5/6/2010, que alterou o Código Civil. Até então, vigorava o texto anterior do diploma, que fixava como requisito para o casamento a celebração entre duas pessoas de sexo diferente.

Embora se tenha concluído que, na verdade, não se tratou propriamente de uma mutação informal da Constituição, o exemplo serve como ilustração. Sustentou-se que o fato de a DUDH reconhecer o casamento como um ato praticado entre pessoas de sexo diferente não significava, no sentido contrário, uma proibição constitucional para o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Ou seja, defendeu-se uma neutralidade constitucional quanto ao caso.

Contudo, em um dos votos proferidos no Acórdão n. 121/2010, o Conselheiro José Borges Soeiro³⁶⁵ expressamente afirmou que “Aceitar a alteração constante do projecto em análise que vem afastar o requisito da diferença de sexos entre os nubentes equivale a uma alteração constitucional por via de lei simples da Assembleia da República”.

Abstraindo-se a dificuldade de muitas vezes, em termos práticos, ser difícil identificar o liame entre interpretação evolutiva, mutação informal e mutação inconstitucional, o exemplo mostra a influência de valores morais que foram se cristalizando na comunidade internacional como direitos humanos universais. Uma vez que a mudança social acontece inicialmente no mundo dos fatos, com as uniões entre pessoas do mesmo sexo sendo reconhecidas socialmente, mas marginalizadas juridicamente, o legislador infraconstitucional teve o mérito de captar a mudança e positivá-la. Teria feito melhor, todavia, se o tivesse feito por revisão constitucional, para evitar alegações de inconstitucionalidade. Como não houve resistência da jurisdição constitucional, tampouco de outros segmentos sociais, ao menos em nível suficiente para voltar ao estado anterior, a mudança consolida-se na realidade jurídica.

4.2.3. Mutações informais promovidas por meio do exercício da função executiva

Optou-se, neste trabalho, por classificar as mutações informais tendo como critério a natureza da função exercida pelos órgãos ou agentes estatais (funções jurisdicional, legislativa e executiva), deixando de sistematizá-las em razão do sujeito promotor ou das fontes (atos ou fatos) da alteração. Importa esclarecer que eventual

³⁶⁵ PORTUGAL. Tribunal Constitucional. *Acórdão n. 121/2010*, loc. cit.

mutação promovida por meio do exercício da função executiva não significa que o ato tenha sido necessariamente praticado por órgão do Poder Executivo, uma vez que os demais órgãos e poderes estatais também exercem a função executiva³⁶⁶.

A mutação promovida no exercício da função executiva ocorre quando fatos ou atos emanados por órgãos ou agentes estatais, no exercício da função executiva, alteram o sentido atribuído aos conceitos fixados pela norma constitucional, dando-lhe novos contornos políticos. Entre as espécies de mutação informal analisadas, trata-se de uma hipótese menos provável, uma vez que esses atos podem ser submetidos a um duplo grau de controle, seja de legalidade ou de constitucionalidade³⁶⁷.

Ainda que possua relevância reduzida, a relação dessas mutações com a globalização poderá ser observada nos casos de interpretação constitucional administrativa e na prática de atos de natureza eminentemente política, com o pressuposto de que sua prática apresente novos contornos políticos ao sentido atribuído aos conceitos fixados pela norma constitucional.

A interpretação constitucional é praticada tipicamente no exercício de todas as funções políticas³⁶⁸. Quanto aos atos políticos, em geral, os Chefes de Estado e de Governo e o Parlamento possuem competência para a prática. Como exemplos, o Presidente da República pode conceder indultos, comutar penas, declarar estados de exceção constitucional e celebrar atos internacionais. Por sua vez, o Parlamento possui

³⁶⁶ A opção aqui adotada fundamenta-se na teoria de José Afonso da Silva. O jurista classifica as funções do poder político em jurisdicional, legislativa e executiva. A função executiva seria uma espécie que poderia ser subdividida nas subespécies “função de governo” (com atribuições políticas, colegislativas e de decisão) e “função administrativa” (com as missões básicas de intervenção, fomento e serviço público). Cfr. SILVA, José Afonso da, op. cit., 2019, p. 109-110. Nesta pesquisa, adota-se a referida classificação com a adaptação de se considerar a função executiva como sendo residual, ou seja, compreendendo os atos praticados pelos órgãos e agentes estatais que não sejam no exercício das funções jurisdicional ou legislativa. A classificação aqui adotada comporta simplificações, mas que não trazem prejuízo ao objetivo da pesquisa. Em um trabalho específico sobre as funções do poder político, seria necessário adotar uma classificação mais detalhada que considerasse como autônomas outras funções típicas como a função política dos atos praticados pelo Chefe de Estado, a exemplo de declarar guerra e celebrar a paz ou manter relação com Estados estrangeiros, ou como as funções típicas desempenhadas pelo Ministério Público.

³⁶⁷ Importante lembrar que a mutação depende da sedimentação do novo sentido ao longo do tempo, ou seja, não acontece pontualmente com a prática de um ato ou a ocorrência de um fato.

³⁶⁸ Para mais detalhes sobre a interpretação constitucional administrativa como processo de mutação, cfr. PEDRA, op. cit., 2017, p. 152-158; FERRAZ, op. cit., 2015, p. 146-164.

competência para autorizar o Presidente da República a declarar guerra e paz, bem como para autorizar, processar e julgar processo contra o Presidente da República³⁶⁹.

Volta-se ao caso das desestatizações para ilustrar, com um exemplo hipotético, como um ato praticado no exercício da função executiva pode ser caracterizado como mutação informal da Constituição.

Em Portugal, o texto originário da CRP possuía um viés socialista de apropriação coletiva dos meios de produção. A lei ordinária passou a permitir a privatização de 49% do capital de uma empresa. Isso significa que o controle permaneceria com o Estado. Posteriormente, com a revisão constitucional de 1989, é que o regime econômico foi efetivamente alterado a ponto de permitir a privatização integral dos bens nacionalizados³⁷⁰.

O exemplo hipotético para ilustrar a situação é o seguinte: suponha que, no contexto acima, porém sem a edição de lei, o Poder Executivo decidisse alienar participações societárias minoritárias em empresas cujo capital pertencia integralmente ao Estado. O argumento para alienação seria o mesmo, no sentido de que vender parte das ações, mantendo-se o controle com o Estado, não caracterizaria desestatização. Neste cenário hipotético, cuja legalidade/constitucionalidade seria questionável, a interpretação constitucional administrativa teria sido alterada para entender que o ato de privatizar se caracteriza pela alienação do controle e não pela alienação de parte das ações que não altere o controle. Neste caso, a decisão pela alienação teria o condão de dar novos contornos políticos ao entendimento sobre o que caracteriza a privatização de empresas estatais. Trata-se de um movimento de alinhamento ao pensamento econômico neoliberal instrumentalizado com fundamento na alteração da interpretação constitucional³⁷¹.

As causas, efeitos e motivações dessas mutações, no que toca à relação com a globalização, são semelhantes às examinadas nas mutações promovidas por meio do exercício da função legislativa. Assim, ratifica-se que valores relacionados à dimensão

³⁶⁹ Cfr. artigos 49, 51, 52 e 84 da CRFB. BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, loc. cit. A CRP possui dispositivos semelhantes, cfr. artigos 134, 161, 163 e 197. PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa*, loc. cit.

³⁷⁰ MORAIS, op. cit., 2013, p. 67-68.

³⁷¹ Sobre diversos aspectos da privatização na Administração Pública portuguesa, cfr. OTERO, Paulo. Coordenadas jurídicas da privatização da Administração Pública. In: IV colóquio Luso-Espanhol de direito administrativo. *Os caminhos da privatização da Administração Pública*. Coimbra: Coimbra, 2001, p. 31-57.

econômica da globalização ou de direitos humanos exercem maiores pressões nos agentes estatais.

Na ausência de condições políticas para tentar alterar formalmente a Constituição ou mesmo a lei infraconstitucional, os agentes podem optar pelo caminho mais fácil de trazer novos contornos políticos à Constituição, à revelia do legislador. Essa condição pode se mostrar mais provável quando um grupo político dominante pertencente a um quadrante ideológico distinto daquele sedimentado constitucionalmente chega ao poder e não detém maioria suficiente no Parlamento para aprovar suas medidas legislativas. Nestes casos, torna-se mais relevante a atuação da Justiça Constitucional para preservar a normatividade constitucional.

Neste aspecto, observa-se, atualmente, no Brasil, um fenômeno antiglobalização de contornos paradoxais e ainda não completamente definidos. O governo do Presidente Jair Bolsonaro mantém claro alinhamento à dimensão econômica da globalização e ao neoliberalismo econômico, promovendo reformas liberais de cunho previdenciário, redução de direitos sociais e desestatizações. Grande parte dessas medidas vem sendo adotadas com alterações formais da Constituição e da legislação infraconstitucional, conforme previsto constitucionalmente.

Por outro lado, o governo tem se mostrado hostil à influência de organismos e entidades internacionais em diversas temáticas, como, por exemplo, questões relacionadas à proteção ao meio ambiente ou à saúde no combate à pandemia da COVID-19. O governo parece estar reclamando a soberania perdida nos últimos anos quanto ao monopólio da ação estatal em suas fronteiras.

A título ilustrativo, as políticas públicas ambientais implementadas pelo governo Jair Bolsonaro, desde 2019, no exercício das funções legislativas e executivas, representam verdadeira mudança de rumo sobre as políticas de proteção ao meio ambiente que tornaram o *soft power* brasileiro respeitado internacionalmente na temática ambiental, mas, principalmente, caracterizam novos contornos políticos ao que dispõe a CRFB, principalmente o art. 225³⁷², sobre o direito ao meio ambiente economicamente equilibrado³⁷³.

³⁷² “Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. (...)”. BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, loc. cit.

³⁷³ São várias as notícias jornalísticas que enumeram as principais políticas públicas na preservação ao meio ambiente. Por exemplo, na ordem de relevância: CARTA CAPITAL. *As 26*

Assim, pode-se afirmar que os atos praticados no exercício da função administrativa têm promovido novos contornos políticos ao direito constitucional de um meio ambiente economicamente equilibrado. Todavia, neste caso, trata-se de um movimento antiglobalização, pois as políticas públicas empreendidas contrastam com a ideia de preservação do meio ambiente contida na dimensão política da globalização. Em contraste, essas políticas públicas não deixam de estar alinhadas à dimensão econômica da globalização, no sentido de promover a prevalência do mercado sobre a política, uma vez que as medidas visam a enfraquecer os controles ambientais que restringem a atividade privada de exploração econômica do meio ambiente.

Por fim, importa reiterar que esta espécie de mutação informal da Constitucional apresenta contornos mais graves no sentido de pôr em causa a legitimidade dessas alterações sem que se recorra a alteração da legislação infraconstitucional ou da Constituição.

4.3. Globalização e emendas constitucionais

Este item busca examinar as alterações constitucionais expressas motivadas, principalmente, por aspectos ligados à integração regional e à dimensão econômica da globalização.

Sustentou-se, anteriormente, que a dimensão política da globalização se caracteriza por movimentos como a regionalização, representada pela união de Estados em blocos plurinacionais, e, no plano dos direitos fundamentais, pelo desenvolvimento de um sistema universal de direitos humanos. Por sua vez, a dimensão econômica da globalização relaciona-se com o neoliberalismo econômico, ideologia que, nos últimos anos, proporcionou o desenvolvimento de um poder econômico transnacional difuso cujos interesses se mostram antagônicos com as características das Constituições sociais.

Cumprе ressaltar que, por uma questão de defasagem temporal, no que se refere às alterações constitucionais motivadas por aspectos ligados à globalização, as alterações implícitas estão relacionadas, com mais frequência, com a dimensão política

principais violações ao meio ambiente feitas por Jair Bolsonaro. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/blogs/brasil-debate/as-26-principais-violacoes-ao-meio-ambiente-feitas-por-jair-bolsonaro/>>. Acesso em: 21 mai. 2020; HUMAN RIGHTS WATCH. *Brasil: multas na Amazônia paralisadas desde outubro.* Disponível em: <<https://www.hrw.org/pt/news/2020/05/20/342133>>. Acesso em: 21 mai. 2020; BBC. *Como política ambiental de Bolsonaro afetou imagem do Brasil em 2019 e quais as consequências disso.* Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-50851921>>. Acesso em: 21 mai. 2020.

da globalização, principalmente no plano dos direitos fundamentais e do desenvolvimento de um sistema universal de direitos humanos.

Isso porque a difusão dos direitos humanos ganhou força a partir do término da Segunda Guerra Mundial, assim a maioria das Constituições editadas desde então já incorpora, em alguma medida, o reconhecimento aos direitos humanos. Há, no entanto, exceções de Constituições mais recentes e que, mesmo assim, receberam influências no sentido de se alinharem aos padrões de tutela de direitos e garantias do paradigma constitucional cosmopolita. É o caso da Ucrânia, que será examinado a seguir. Ou o caso da Hungria, um exemplo de democracia iliberal³⁷⁴, que será analisado no próximo capítulo³⁷⁵.

De outra forma, as alterações expressas estão relacionadas, mais comumente, com a dimensão econômica da globalização, principalmente no plano da liberalização e desregulamentação dos mercados, e com os processos de integração regional.

Isso porque o neoliberalismo econômico surgiu na década de 1970, mas se consolidou apenas na década de 1990. Assim, Constituições como a de Portugal, de 1976, da Espanha, de 1978, e do Brasil, de 1988, já incorporavam valores então consolidados de proteção aos direitos humanos, mas, no aspecto econômico, ainda refletiam uma concepção de Estado Social que passaria a ser paulatinamente tornada incompatível com a nova ordem trazida pelo neoliberalismo econômico.

Ademais, os processos de integração regional, principalmente a formação da União Europeia, obrigaram as ordens constitucionais dos Estados-membros a se adaptarem a um regime jurídico-constitucional minimamente comum. Este fenômeno aconteceu em Portugal, que reclama uma análise específica adiante.

Essas alterações constitucionais formais motivadas por aspectos ligados à globalização precisam respeitar os limites materiais de alteração constitucional e a identidade constitucional.

³⁷⁴ Cfr. MORAIS, op. cit., 2017, em especial, p. 172-176.

³⁷⁵ Neste contexto, também é possível fazer referência ao § 3º do art. 5º da CRFB, incluído por emenda constitucional em 2004. O referido parágrafo dispõe que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados sob o mesmo procedimento de aprovação das emendas constitucionais serão a elas equivalentes. Isso significa que eventuais tratados firmados pelo Brasil e aprovados internamente nesta condição alterarão o bloco de constitucionalidade por influência da dimensão política da globalização. Até então, foram aprovados dois atos nesta qualidade: a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e o Tratado de Marraqueche para Facilitar o Acesso a Obras Publicadas às Pessoas Cegas, com Deficiência Visual ou com Outras Dificuldades para Ter Acesso ao Texto Impresso. Cfr. BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, loc. cit.

Assim, em princípio, as Constituições sociais podem ser alteradas, à luz de um paradigma neoliberal, sem que se mude o cerne da Constituição econômica e se desfigure por completo o Estado Social erigido pela Constituição³⁷⁶. Da mesma forma, as Constituições estabelecem um limite para a parcela da soberania que pode ser transferida para entidades como a UE, o que deve ser respeitado.

Em muitas das vezes, os influxos fornecidos pela globalização econômica e pelo processo de integração regional confundem-se, uma vez que este processo, com mais razão à UE, contém em seu conjunto uma filosofia econômica associada, mais ou menos alinhada ao neoliberalismo econômico, a depender da situação concreta.

Assim, por exemplo, as alterações constitucionais operadas em Portugal por conta da integração europeia incluem profundas alterações na Constituição econômica portuguesa, porque o modelo econômico inicial da CRP era incompatível com o modelo econômico social de mercado da União Europeia.

Por outro lado, no Brasil, principalmente a partir de 1990, diversas emendas constitucionais aprovadas foram motivadas pela opção por realinhar a CRFB a um paradigma econômico neoliberal, sem que isso fosse necessariamente associado ao processo de integração do Mercado Comum do Sul (Mercosul).

Dito isto, para uma melhor sistematização, o exame será dividido tendo em conta as alterações motivadas por questões relacionadas à integração regional, com foco na União Europeia, e aquelas motivadas preponderantemente por aspectos ligados ao neoliberalismo, cujo caso paradigma é o Brasil.

4.3.1. A integração regional e as alterações constitucionais expressas

A União Europeia representa um fenômeno de integração regional iniciado, em 1950, com a formação da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço, mas cujo desenvolvimento posterior culminou com a criação de uma entidade autônoma com competências próprias, conferidas pelos Estados-membros, das quais abdicaram em favor da integração comunitária.

³⁷⁶ Neste exato contexto, Carlos Blanco de Moraes questiona se pode “o constituinte alterar a identidade de uma Constituição programática e fazê-la evoluir para um modelo de estado pós social sem violar limites materiais implícitos de revisão constitucional”. Cfr. MORAIS, op. cit., 2018, p. 29.

Segundo bem situa Manoel Gonçalves Ferreira Filho³⁷⁷, a União Europeia, por sua natureza, caracteriza-se como uma associação de Estados independentes que representa um modelo intermediário entre uma Confederação e um Estado federal.

Um modelo de integração deste nível, que pressupõe, inclusive, uma sobreposição de ordens jurídicas que se articulam entre si, como foi analisado anteriormente, requer um padrão mínimo de uniformidade para os ordenamentos jurídicos internos dos Estados-membros.

Uma vez que as Constituições dos Estados-membros foram editadas em momentos e contextos históricos diferentes, refletindo ideologias diversas, é natural que os textos constitucionais tivessem que se adaptar ao modelo de Estado Social refletido na realidade política europeia³⁷⁸.

A CRP, que entrou em vigor em 1976 após um contexto revolucionário particular, embora tenha sido revisada por apenas sete vezes, a última em 2005, é um bom estudo de caso acerca dos influxos da globalização nas revisões constitucionais, sobre o respeito aos limites materiais e à identidade constitucional.

4.3.1.1. As alterações constitucionais em Portugal

Não se pretende entrar em detalhes acerca das características materiais da CRP, tampouco das alterações constitucionais que se seguiram a 1976. Almeja-se promover uma análise sintética sobre as alterações constitucionais que foram necessárias para promover o processo de integração europeia³⁷⁹.

De início, é importante notar o caráter compromissório da CRP, que precisou acomodar as forças políticas principais à época de sua elaboração. Neste sentido, Gomes Canotilho³⁸⁰ anota que havia tensões e contradições no texto originário da Constituição, tendo um lado liberal e democrático, outro dirigente e autoritário, dirigido à prossecução do socialismo. Para o jurista português, existia uma espécie de antagonismo congênito insuperável que as sucessivas revisões tentaram harmonizar.

³⁷⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Implicações constitucionais da integração internacional e comunitária. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Lisboa, v. 41, n. 2, p. 611-618, 2000.

³⁷⁸ A professora Ana Martins mostra que muitas Constituições dos Estados-membros da UE foram alteradas preventivamente, ou seja, antes da entrada em vigor de normas dos tratados da UE que tornariam as Constituições nacionais com eles incompatíveis. Cfr. MARTINS, op. cit., 2017, p. 546-547.

³⁷⁹ Para uma exposição sintética das alterações da CRP motivadas principalmente pela integração europeia, cfr. MARTINS, op. cit., 2017, p. 540-546.

³⁸⁰ GOMES CANOTILHO, op. cit., 2003, p. 207-215.

A título de exemplo, o art. 2º do texto originário da CRP estabelecia o objetivo de “assegurar a transição para o socialismo”. O art. 10º impunha, no plano econômico, “a apropriação colectiva dos principais meios de produção”. O antigo art. 290, que estabelecia os limites materiais de revisão, declarava expressamente como cláusula pétrea o “princípio da apropriação colectiva dos principais meios de produção e solos, bem como dos recursos naturais, e a eliminação dos monopólios e dos latifúndios”³⁸¹.

De forma bastante sintética, acerca das primeiras alterações, é possível destacar que: a primeira revisão, de 1982, promoveu o fim das narrativas de emancipação e atenuou a componente ideológica (por exemplo, com a exclusão da expressão “transição para o socialismo”); a segunda revisão, de 1989, promoveu alteração profunda na Constituição econômica, por exemplo, com a supressão da irreversibilidade das nacionalizações e da apropriação coletiva dos meios de produção e solos; e a terceira revisão, de 1992, formalizou o exercício comum de poderes com vistas à integração europeia³⁸².

Ainda, a segunda revisão, de 1989, substituiu, no âmbito dos limites materiais, o princípio da apropriação coletiva dos meios de produção pelo princípio da coexistência entre o público e o privado em relação à propriedade dos meios de produção. Assim, essas primeiras revisões transformaram o sistema econômico e desvirtuaram o princípio socialista contido na CRP, inclusive em dispositivos caracterizados no elenco dos limites materiais.

Além da questão econômica, o arranjo do poder político também foi substancialmente alterado. Nas lições de Paulo Otero³⁸³, verificou-se, além da eliminação do princípio socialista, a “mitigação do princípio da soberania” em razão da evolução do Direito Internacional e da integração europeia, assim como a “reconfiguração do sistema de governo”, de uma inicial centralidade da Assembleia da República e do Presidente da República para um “presidencialismo de primeiro-ministro”.

Com algumas exceções, a doutrina constitucional portuguesa sustenta que as revisões aprovadas respeitaram os limites de alteração constitucional. Neste sentido, Jorge Miranda³⁸⁴ defende que, mesmo após as sete revisões, permanecem os princípios

³⁸¹ PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa*. Texto originário da Constituição. Disponível em: <<https://www.parlamento.pt/Parlamento/Documents/CRP1976.pdf>>. Acesso em: 23 abr. 2020.

³⁸² GOMES CANOTILHO, op. cit., 2003, p. 207-215.

³⁸³ OTERO, op. cit., 2010a, p. 27-29.

³⁸⁴ MIRANDA, op. cit., 2014b, p. 273-276.

sintetizados na ideia de Estado de Direito democrático. Admite que foram mais profundas as mudanças na Constituição econômica, mas que isso não foi suficiente para violar o cerne da identidade constitucional. Segundo ele, não se trata mais de uma “Constituição socializante”, mas de uma “Constituição econômica compromissória”. Além disso, o compartilhamento de parte da soberania com a União Europeia não teria atingido o núcleo da soberania estatal^{385/386}.

As primeiras questões que se colocam no caso das revisões constitucionais portuguesas têm relação com o respeito aos limites materiais e à identidade constitucional. Neste caso concreto, considera-se adequada a posição doutrinária majoritária exposta acima no sentido de que as alterações constitucionais não representaram ruptura constitucional, a despeito da relativização das cláusulas pétreas.

Conforme posição adotada anteriormente (tópicos 3.4.3 e 3.4.4), admitiu-se a possibilidade de relativização das cláusulas pétreas, principalmente daquelas que não se amoldam, numa perspectiva sistemática e teleológica, aos valores constantes da identidade constitucional. Ademais, sustentou-se que apenas as principais características da ordem constitucional (sistema de governo, direitos fundamentais, organização política e paradigma prestacional do tipo de Estado) devem compor a identidade constitucional. É uma posição que busca fortalecer os poderes constituídos em detrimento do poder constituinte originário, dentro de certos limites.

³⁸⁵ Com opinião semelhante, Gomes Canotilho sustenta que a CRP permanece a mesma, na medida em que, por exemplo, os princípios estruturantes (Estado de direito, democracia, socialidade) e os direitos fundamentais permaneceram em sua essência. Cfr. GOMES CANOTILHO, op. cit., 2003, p. 207-215.

Carlos Blanco de Moraes, em uma análise mais restrita às alterações implícitas da CRP, defende não ter havido transfiguração constitucional. Ele sustenta que as alterações implícitas acabaram por ser posteriormente substituídas por emendas formais à Constituição, como na questão do princípio socialista, que foi eliminado nas revisões de 1982 e 1989, e na transformação do regime econômico, formalizada pela revisão de 1989. Alerta, contudo, que boa parte da Constituição econômica se encontra desvitalizada em razão da integração europeia, havendo preceitos constitucionais que teriam caducado, e tendo sido reforçados direitos fundamentais de propriedade e de iniciativa privada em detrimentos do intervencionismo estatal presente no texto originário da Constituição. Cfr. MORAIS, op. cit., 2018, p. 245-248.

³⁸⁶ Em sentido contrário, Paulo Otero fala em transfiguração constitucional. Segundo o jurista, a CRP sofreu significativa evolução de sua identidade axiológica. Com exceção dos direitos fundamentais, resta muito pouco do modelo constitucional originário. São diferentes os princípios fundamentais, a organização econômica e a organização do poder político. Em suas palavras, “o decurso do tempo e as sucessivas revisões constitucionais, eliminando o princípio socialista e europeizando a soberania nacional, modificaram a identidade axiológica da Constituição”. Cfr. OTERO, op. cit., 2010a, p. 26-29. Para mais detalhes sobre a “transfiguração” da CRP. cfr. p. 207-241.

Nesse contexto, entende-se que a alteração da Constituição econômica portuguesa pelas sete revisões não foi suficiente para caracterizar um fenômeno de transição constitucional.

Para fundamentar a posição acima, parte-se do fato de que o constituinte originário instituiu a República Portuguesa como um “Estado democrático, baseado na soberania popular, no respeito e na garantia dos direitos e liberdades fundamentais e no pluralismo de expressão e organização política democrática”, que tem por objetivo “assegurar a transição para o socialismo mediante a criação de condições para o exercício democrático do poder pelas classes trabalhadoras” (art. 2º do texto originário). Além disso, o constituinte incluiu como cláusula pétrea expressa o princípio da apropriação coletiva dos principais meios de produção (art. 290 do texto originário).

Um primeiro argumento, de ordem filosófica, relaciona-se com a discussão doutrinária sobre uma aparente tensão entre constitucionalismo e democracia na teoria constitucional. O constituinte originário é “livre” para estabelecer as restrições que regularão o exercício do poder político após a promulgação da Constituição. Nesse sentido é que a Constituição impõe ao legislador um procedimento mais gravoso para alterar a Constituição (rigidez constitucional), bem como limites de alteração constitucional (materiais, temporais e circunstanciais).

Diz-se que tais restrições podem ser impostas “livremente” porque, na prática, a subsistência de uma ordem constitucional ao longo do tempo depende da “vontade de constituição”³⁸⁷, ou seja, da legitimidade adquirida por sua aceitação na comunidade política. Essa liberdade na imposição de restrições deve ser exercida com responsabilidade e visando à continuidade da Constituição. Limitações excessivas podem levar à nominalização ou, no limite, à alteração total da Constituição.

No caso da CRP, o constituinte originário impôs restrições severas quanto ao modelo econômico de produção a ser perseguido, tornando a transição para o socialismo democrático um objetivo fundamental e estabelecendo como cláusula pétrea material o princípio da apropriação coletiva dos principais meios de produção.

Porém, o regime de transição para o socialismo mostrou-se logo incompatível com os anseios de Portugal no processo de regionalização. Meses após a entrada em vigor da CRP, o Governo português solicitou, em março de 1977, a adesão de Portugal às

³⁸⁷ HESSE, op. cit., 1991.

Comunidades Europeias. Assim, a primeira revisão, de 1982, veio com essa perspectiva de adesão portuguesa ao processo de integração europeia³⁸⁸.

Como anota Jorge Miranda³⁸⁹ acerca da “questão constitucional após 1976”, após a entrada em vigor da CRP existiu um grande debate no seio da sociedade sobre o “sentido normativo fundamental”, em especial da Constituição económica, sobre os limites materiais de revisão e sobre o carácter definitivo ou provisório de um projeto constitucional de “transição para o socialismo”. Tal debate viria na “perspectiva da adesão às Comunidades Europeias”.

E o fato é que, entre as sete revisões constitucionais, é possível apontar diversas alterações que tiveram relação com a integração de Portugal à UE. No início, a CRP originária não continha qualquer referência à integração regional, uma vez que Portugal “não era membro das Comunidades [Europeias] nem se encontrava em vias de o ser”³⁹⁰.

Principalmente, as três primeiras revisões constitucionais tornaram o ordenamento constitucional português mais alinhado ao modelo político-institucional europeu que se consolidava, pois: promoveu-se o fim das narrativas de emancipação e atenuou-se a componente ideológica (1982); alterou-se profundamente a Constituição económica com a supressão da apropriação coletiva dos meios de produção (1989); e formalizou-se o exercício comum de poderes com vistas à integração europeia, na esteira da assinatura do Tratado de Maastricht (1992)³⁹¹.

É claro que a alteração da Constituição económica não foi motivada exclusivamente pelo processo de integração europeia. Já existia no debate político português um sentimento de dúvida quanto ao modo de produção socialista³⁹². A necessidade de adaptação da CRP por conta da integração europeia veio para somar esforços.

³⁸⁸ MARTINS, op. cit., 2017, p. 540.

³⁸⁹ MIRANDA, op. cit., 2014b, p. 211.

³⁹⁰ MARTINS, op. cit., 2017, p. 540.

³⁹¹ GOMES CANOTILHO, op. cit., 2003, p. 207-215.

³⁹² Nesse sentido, Rui Medeiros e Jorge Miranda anotam que “os constituintes pretenderam ainda construir uma organização económica muito original, conjugando o princípio da apropriação coletiva dos principais meios de produção, um socialismo autogestionário e a iniciativa privada”. Segundo os autores, o socialismo a que se referia o art. 2º não deveria ser interpretado em abstrato ou como conceito ideológico, mas deveria ser entendido, com base em interpretação sistemática, como uma “economia social de mercado ou, como se diz, desde 1989, de economia mista”. Cfr. MEDEIROS, Rui; MIRANDA, Jorge, op. cit., 2017, p. 24, 28 e 29.

E o fato é que, após as sete revisões da CRP, transformou-se um projeto inicial de “transição para o socialismo” em um modelo de Estado Social europeu baseado no modo de produção capitalista. A despeito de posições críticas de parte da sociedade, a verdade é que, após essas alterações, o “sentimento de constituição” permanece vivo, não havendo muitas vozes a questionar qualquer suposta falta legitimidade da Constituição em face das revisões promovidas desde 1976³⁹³.

Um outro argumento é que devem ser consideradas no conceito de identidade constitucional apenas as principais características da ordem constitucional. Na essência da CRP, os princípios formadores de um Estado de Direito democrático permanecem, bem como as características dos direitos fundamentais baseadas na dignidade da pessoa humana. Assim, a transformação da Constituição econômica não permite falar em transição constitucional para uma outra Constituição material, até porque permanece o mesmo modelo de paradigma prestacional do Estado Social³⁹⁴.

De acordo com a própria lição de Paulo Otero³⁹⁵, a identidade axiológica da Constituição não se prende ao texto originário. Ela representa uma ordem de valores específica e revela a concepção dominante, mas mantém sua autonomia evolutiva aberta à mutabilidade histórica. O elenco expresso dos limites materiais de revisão representa “indícios reveladores de bens jurídico-constitucionais consubstanciadores da identidade da Constituição”.

Em suma, a identidade axiológica seria uma ordem de valores específica aberta à mutabilidade histórica. Os valores expressos nos limites materiais apontam indícios da identidade constitucional, mas com ela não se confundem.

Especificamente quanto à identidade axiológica da CRP, o professor português explica a República Portuguesa como sendo dotada das seguintes características identitárias: Estado de direitos humanos, de Direito democrático, de soberania internacionalizada e europeizada e unitário descentralizado³⁹⁶.

³⁹³ A despeito de respeitáveis vozes em contrário, como, por exemplo, o professor Paulo Otero, que considera ter havido uma transfiguração constitucional. Cfr. OTERO, op. cit., 2010a, p. 26-29, 207-241.

³⁹⁴ A respeito disso, em tom mais crítico, Miguel Nogueira de Brito decompõe a Constituição portuguesa em três partes, direitos fundamentais, política e econômica. O jurista demonstra que a integração de Portugal à União Europeia desencadeou profundas alterações na Constituição política e econômica, mantendo-se apenas a Constituição dos direitos fundamentais. Cfr. BRITO, op. cit., 2015, p. 627-628.

³⁹⁵ OTERO, op. cit., 2010a, p. 21-26

³⁹⁶ Ibid., p. 22-23.

Com base na síntese acima, embora a Constituição econômica portuguesa tenha sido substancialmente realinhada, de um modelo normativamente orientado à construção de um socialismo democrático para um modelo de Estado Social europeu, entende-se que tal alteração não comprometeu a essência da identidade axiológica portuguesa, que permanece como uma Constituição que reflete um Estado de Direito democrático ativo na proteção dos direitos fundamentais, tanto a nível interno quanto a nível da cooperação regional e internacional que se consolidou. A despeito de se ter alterado o modelo econômico de propriedade e de produção, permanece a natureza prestacional de Estado Social.

Por fim, entre outros fatores, a “idade” de uma determinada Constituição revela uma maior ou menor propensão a que exista uma diferença entre a normatividade e a realidade constitucional. Ou seja, o decorrer do tempo acaba por induzir a atualização dos valores consagrados constitucionalmente, principalmente em Constituições prolixas e/ou reveladoras de forte carga ideológica.

Nesse sentido, na era da sociedade da informação, em que se observam fenômenos como o encurtamento de gerações e a aceleração das mudanças sociais, a longevidade de um projeto constitucional está associada diretamente ao entendimento de que o núcleo da identidade constitucional deve ser visto de forma restrita, limitado aos aspectos principais do projeto político. Quanto mais longeva a Constituição, mais restrita deve ser a interpretação da identidade constitucional, sob pena de se condenar as Constituições a sucessivas transições constitucionais ao longo dos anos.

Isto não significa que o projeto político imaginado pelo constituinte originário deva ser subvalorizado. Ao contrário, ele deve ser valorizado no que é essencial, tendo em vista a continuidade do mesmo projeto político, mas com valores atualizados pelas pretensões políticas do legislador constitucional de revisão.

De forma pragmática, trata-se de uma solução que preserva a coerência da teoria constitucional e a que promove segurança jurídica. Diante da inexorável e cada vez mais rápida mudança de valores sociais, outras soluções incluiriam, por exemplo, a nominalização da Constituição, alterações constitucionais implícitas em demasia, alegações constantes de transição constitucional ou a substituição constante do texto constitucional.

A CRP já se aproxima de meio século e a taxa com base na qual as mudanças sociais ocorrem ao longo do tempo é cada vez maior. Por isso, a despeito das alterações formais nas dimensões econômica e política da CRP, é possível afirmar que o cerne de

um Estado de Direito democrático, unitário e europeizado, com base em uma economia social de mercado, permanece.

4.3.1.2. As alterações constitucionais na Ucrânia

A Ucrânia é um exemplo que ilustra bem como a globalização, especialmente suas dimensões política e econômico-financeira, tem influenciado as alterações constitucionais observadas nos últimos anos em diversos países.

Inicialmente, é importante compreender o ambiente social e político, bem como o contexto constitucional em que se insere o país desde a promulgação de sua atual Constituição, em junho de 1996, que foi, até 2019, emendada por seis vezes, em 2004, 2011, 2013, 2014, 2016 e 2019³⁹⁷.

O texto constitucional originário define a Ucrânia como um Estado unitário, tendo a Crimeia como região autônoma. O sistema de governo adotado é o semipresidencialismo, sendo que originariamente foram atribuídos fortes poderes ao Presidente³⁹⁸.

A emenda de 2004 implementou uma ampla reforma política e institucional, nomeadamente no que se refere à relação entre Executivo e Legislativo, e transformou o sistema político originário semipresidencialista para um novo sistema com características mais claras de parlamentarismo. Em síntese, os poderes do Presidente foram enfraquecidos, inclusive com a perda da prerrogativa de indicar e demitir o Primeiro-Ministro, ao passo que os poderes do Parlamento foram reforçados.

Sobre a emenda de 2004, a Comissão de Veneza, em 13/6/2005, elogiou o conteúdo material das mudanças promovidas, em especial o reforço dos poderes parlamentares. Afirmou expressamente que parte das mudanças refletiam opiniões anteriores dadas pela Comissão sobre as mudanças constitucionais necessárias à Ucrânia. Todavia, criticou que algumas medidas ainda precisavam ser aperfeiçoadas e que as emendas deveriam ser mais bem discutidas. Segundo a Comissão, para que as emendas encontrem legitimidade no sistema político, é necessário que as mudanças sejam

³⁹⁷ O texto constitucional da Ucrânia pode ser obtido no seguinte website. UCRÂNIA. *Constitution of Ukraine*. Disponível em: <<http://www.ccu.gov.ua/en/publikaciya/constitution-ukraine>>. Acesso em: 5 mar. 2020.

³⁹⁸ Sobre as características da Constituição ucraniana, cfr. PROTSYK, Oleh. Ukraine. In: BERGLUND, Sten et al (Org.). *The handbook of political change in Eastern Europe*. 3. ed. Cheltenham: Edward Elgar, 2013, p. 691-732, em especial, p. 692-693 e 732.

discutidas no tempo adequado com vistas a atingir um certo nível de concordância entre as partes³⁹⁹.

Todavia, em 2010, a Corte Constitucional declarou a emenda de 2004 inconstitucional por violação do processo de revisão constitucional. A decisão, que gerou diversas críticas, foi provocada por uma ação ajuizada por 252 parlamentares⁴⁰⁰. Com a decisão, voltou a vigorar o texto originário da Constituição.

A emenda de fevereiro de 2014 veio na sequência dos eventos ocorridos em 2013 e 2014. Em novembro de 2013, na Praça da Independência de Kiev (*Maidan Nezalezhnosti*), houve intensos protestos contra a decisão do governo de se afastar do processo de alinhamento com a União Europeia e se aproximar da Rússia e da União Econômica Euroasiática. Os protestos culminaram com a Revolução Ucraniana de fevereiro 2014 e, em 22/2/2014, com a retirada do Presidente Viktor Yanukovich do poder pelo Parlamento. Ainda entre fevereiro e março de 2014, houve a ocupação da região da Crimeia pela Rússia⁴⁰¹.

Nesse mesmo contexto de sucessão presidencial, em 21/2/2014, o Parlamento ucraniano aprovou a lei de emenda constitucional n. 742-VII e restaurou a emenda de 2004 que havia sido declarada inconstitucional pela Corte Constitucional.

A emenda de 2016, proposta pelo Presidente, tinha o objetivo de promover uma ampla reforma no sistema jurisdicional ucraniano, com vistas a combater a corrupção. A emenda alterou a hierarquia e organização do Poder Judiciário, reforçou

³⁹⁹ COMISSÃO DE VENEZA. *Opinion n. 339/2005*: opinion on the amendments to the Constitution of Ukraine adopted on 8.12.2004. Disponível em: <[https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2005\)015-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2005)015-e)>. Acesso em: 5 mar. 2020.

⁴⁰⁰ A Comissão de Veneza levantou dúvidas sobre o fato de a Corte ter declarado inconstitucional uma emenda que mudava o sistema político do país seis anos após sua entrada em vigor e tendo transcorrido eleições entretanto, questionando a legitimidade democrática da decisão. Cfr. COMISSÃO DE VENEZA. *Opinion n. 599/2010*: opinion on the constitutional situation in Ukraine. Disponível em: <[https://www.venice.coe.int/WebForms/documents/?pdf=CDL-AD\(2010\)044-e](https://www.venice.coe.int/WebForms/documents/?pdf=CDL-AD(2010)044-e)>. Acesso em: 5 mar. 2020, em especial, p. 6-7 e 11-12.

⁴⁰¹ Para detalhes sobre o contexto político à época, cfr. MAMLYUK, Boris. The Ukraine crisis, cold war II, and international law. *German Law Journal*, v. 16, n. 3, p. 479-522, jul. 2015. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2627417>>. Acesso em: 5 mar. 2020; THE GUARDIAN. *Ukraine's revolution and Russia's occupation of Crimea: how we got here*. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/world/2014/mar/05/ukraine-russia-explainer>>. Acesso em: 5 mar. 2020.

garantias de independência de juízes e medidas anticorrupção e promoveu a ampliação da legitimidade ativa perante a Corte Constitucional⁴⁰².

Por fim, a emenda de fevereiro de 2019, que foi apoiada pelo Presidente, tinha o objetivo de adaptar a Constituição para que a Ucrânia se orientasse estrategicamente em direção ao processo de adesão à União Europeia e à Organização do Tratado do Atlântico Norte⁴⁰³.

No caso específico da Ucrânia, algumas das alterações constitucionais expressas tiveram origem em mobilizações sociais que acabaram por refletir nos Parlamentos, o que é natural no arranjo da democracia representativa, ou nos próprios chefes de governo e de estado. Em outros casos, a motivação imediata das alterações constitucionais não veio do povo organizado, mas de ideologias políticas dominantes na tentativa de se alinhar a parceiros internacionais, seja para seguir os padrões de um constitucionalismo cosmopolita que tem a União Europeia e seus membros como paradigma, seja para se alinhar à Rússia e à União Econômica Euroasiática. Esse aspecto ficou muito claro nas emendas promovidas em 2004, 2016 e 2019.

Não é que antes do fenômeno da globalização não havia alinhamentos internacionais entre países soberanos. Isso sempre existiu, mesmo antes da Paz de Vestefália, quando os reinos se uniam com objetivo de se proteger de agressões externas.

A diferença é que, no atual estágio de globalização, de circulação de capitais, pessoas e informação, isso já não é realisticamente uma opção para um país que pretenda se inserir no contexto capitalista vigente. A opção que se tem é a quem se aliar. Não se questiona mais a opção entre se aliar ou não.

Para as democracias menos consolidadas, como é o caso dos países oriundos do Bloco Soviético, que conquistaram a independência há poucas décadas, isso é

⁴⁰² NOBLES. *Legal Alert: Constitutional Judicial Reform in Ukraine*. Disponível em: <<https://www.nobles-law.com/single-post/2016/06/07/Legal-Alert-Constitutional-judicial-reform-in-ukraine>>. Acesso em: 5 mar. 2020; CMS. *Amendments to the Constitution of Ukraine passed: Ukraine takes a major step towards a European System of Justice*. Disponível em: <<https://www.cms-lawnow.com/ealerts/2016/06/amendments-to-the-constitution-of-ukraine-passed-ukraine-takes-a-major-step-towards-a-european-system-of-justice>>. Acesso em: 5 mar. 2020.

⁴⁰³ DEMOCRACY REPORTING INTERNATIONAL. *A new constitution for Ukraine?* Disponível em: <<https://democracy-reporting.org/a-new-constitution-for-ukraine-briefing-paper/>>. Acesso em: 5 mar. 2020; RFE/RL. *Ukrainian Parliament passes constitutional amendment to reflect EU, NATO aspirations*. Disponível em: <<https://www.rferl.org/a/ukraine-parliament-passes-constitutional-amendment-to-reflect-eu-nato-aspirations/29756695.html>>. Acesso em: 5 mar. 2020.

particularmente importante. O alinhamento ideológico e institucional em torno de valores morais, regime democrático, pluralismo e direitos fundamentais é fundamental para se conseguir uma abertura econômica com os países ocidentais.

Com exceção da China, que possui uma economia pujante e importância política, da Rússia, que ainda mantém sua importância política, e de alguns países do Oriente Médio, como a Arábia Saudita, que possui grandes reservas de petróleo, não há grandes exemplos de países, com deficiência nos níveis democráticos e de respeito aos direitos humanos, que participem ativamente de trocas comerciais a nível global e que tenham importância política nos organismos supranacionais ou multilaterais. Países menos importantes politicamente, como a Ucrânia, acabam sendo na prática pressionados a adotar os padrões constantes do constitucionalismo cosmopolita de matriz europeia se quiserem dispor de uma liberdade comercial a nível global e se quiserem ampliar sua importância a nível político.

As alterações constitucionais examinadas demonstram essas influências do constitucionalismo cosmopolita, que se refletem em uma espécie de homogeneização dos valores constitucionais dominantes, principalmente da separação e interdependência entre os poderes, pluralismo político, democracia e respeito aos direitos humanos. Os países que desejam se integrar, principalmente politicamente, devem ajustar suas Constituições para refletirem esses valores, uma espécie de *standard* mínimo. Além disso, não é suficiente que esse ajuste seja feito formalmente, pois há uma série de mecanismos de controle supranacionais ou multilaterais que pressionam lentamente e paulatinamente o país a concretizar esses valores na prática política, a exemplo da Comissão de Veneza e do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, órgãos ligados ao Conselho da Europa, do qual a Ucrânia faz parte.

Além das emendas constitucionais analisadas, a Ucrânia vem promovendo diversas reformas institucionais que são implementadas por via infraconstitucional. Entre elas, destaca-se a tentativa de reduzir a corrupção em seu sistema político. Embora seja também uma demanda da sociedade ucraniana, há pressões e condicionamentos de organismos internacionais nesse sentido⁴⁰⁴.

⁴⁰⁴ A própria União Europeia tem estreitado laços com a Ucrânia em suporte às reformas desejadas, incluindo ajuda financeira, havendo também uma exigência de contrapartida para que a aproximação se mantenha, nomeadamente no que concerne ao combate à corrupção. Para detalhes, cfr. KANARBIK, Daniel. *Ukraine towards a rule of law: the European Union's contribution to the anti-corruption campaign in Ukraine*. 2019. 49 p. Trabalho monográfico

Nessa linha, foram criados, em 2015, o *National Anti-Corruption Bureau of Ukraine* e o *Specialized Anti-Corruption Prosecutor's Office*⁴⁰⁵. Entre os fatores que podem ser apontados como motivação para as reformas anticorrupção, destacam-se as condições impostas por parceiros e organismos internacionais e a própria demanda por mudança por parte da sociedade. Em particular, a adoção de práticas de transparência e anticorrupção é uma exigência constante do Fundo Monetário Internacional (FMI) como condição para a aprovação de empréstimos, entre elas a exigência de criação de uma espécie de Tribunal Superior Anticorrupção, um órgão jurisdicional para processar os casos de corrupção⁴⁰⁶.

Em junho de 2018, o Parlamento ucraniano aprovou uma lei para criar o referido Tribunal Superior Anticorrupção, o que seria uma condição imposta pelo FMI para liberar recursos em torno de US\$ 17 bilhões⁴⁰⁷. Estabelecido em abril do ano seguinte, o Tribunal⁴⁰⁸ passou a desempenhar suas funções em setembro 2019⁴⁰⁹.

Em fevereiro de 2019, a Corte Constitucional da Ucrânia declarou inconstitucional o art. 368 do Código Penal ucraniano, que criminalizava o enriquecimento ilícito e impunha uma obrigação a agentes públicos de provar a origem lícita de bens declarados. A Corte considerou que o dispositivo legal violava o princípio da presunção de inocência⁴¹⁰. Além de ter sido duramente criticada, divulgou-se, à época, que a decisão poderia criar dificuldades para liberação de recursos junto ao FMI⁴¹¹.

(Graduação). Malmö Universitet, Malmö, 2019. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/2043/29112>>. Acesso em: 5 mar. 2020.

⁴⁰⁵ Em tradução livre, o Escritório Nacional Anticorrupção e a Procuradoria Especializada Anticorrupção.

⁴⁰⁶ Sobre as reformas que vêm sendo implementadas desde 2014 e as mudanças institucionais, cfr. DUBROVSKIY, Vladimir; LOUGH, John. *Are Ukraine's Anti-corruption Reforms Working?* Londres: Chatham House, 2018. Disponível em: <<https://www.chathamhouse.org/publication/are-ukraines-anti-corruption-reforms-working>>. Acesso em: 5 mar. 2020. A publicação é de novembro de 2018. Em especial, cfr. p. 3, 28-29.

⁴⁰⁷ CNBC. *Ukraine passes crucial vote to unlock financial lifeline, but the IMF has yet to approve it*. Disponível em: <<https://www.cnbc.com/2018/06/07/ukraine-passes-crucial-vote-to-unlock-imf-financial-lifeline.html>>. Acesso em: 5 mar. 2020.

⁴⁰⁸ O nome em inglês é *High Anti-Corruption Court of Ukraine*.

⁴⁰⁹ TRANSPARENCY INTERNATIONAL UKRAINE. *High Anti-Corruption Court comes into operation*. Disponível em: <<https://ti-ukraine.org/en/news/high-anti-corruption-court-comes-into-operation/>>. Acesso em: 5 mar. 2020.

⁴¹⁰ Para a íntegra da decisão, cfr. UCRÂNIA. Corte Constitucional. *Decisão nº 1-r/2019*. Juiz-Relator: Viktor Kolisnyk. Disponível em: <http://www.ccu.gov.ua/sites/default/files/docs/1_r_2019_0.doc>. Acesso em: 5 mar. 2020.

⁴¹¹ TRANSPARENCY INTERNATIONAL. *Constitutional Court ruling undermines anti-corruption achievements in ukra*. Disponível em: <https://www.transparency.org/news/pressrelease/constitutional_court_ruling_undermines_anti>.

O caso da Ucrânia ilustra perfeitamente como a soberania estadual tem sido comprimida pela consolidação de um mundo globalizado, especialmente nas dimensões política e econômico-financeira. E não há, nessa constatação que parte de uma observação da realidade, qualquer juízo de valor positivo ou negativo sobre esse fato.

4.3.2. O neoliberalismo e as alterações constitucionais expressas

A dimensão econômica da globalização fundamenta-se filosoficamente na doutrina do neoliberalismo, movimento radicado nas ideias de Friedrich Hayek, defensor dos mercados livres, bem como na defesa da liberdade econômica sustentada por Margaret Thatcher e Ronald Reagan.

Em resumo, o fenômeno da globalização neoliberal tem como objetivo reduzir o tamanho do Estado, privatizar os serviços públicos, desregular as relações laborais, limitar o poder dos sindicatos e relativizar a noção de Estado Social, em benefício do capital financeiro transnacional. Com isso, o neoliberalismo nega que seja função do Estado promover justiça social e reduzir desigualdades, ou seja, buscar a igualdade material⁴¹².

O fenômeno consolidou-se a partir da década de 1990, com o fim da Guerra Fria e a dissolução da União Soviética. Foi nesse contexto que veio a ser criado, em 1989, o Consenso de Washington, que consiste em um conjunto de medidas que tinha o objetivo de ajustar políticas econômicas de cunho eminentemente fiscal e combater a inflação nos países emergentes.

As principais medidas preconizadas pelos economistas do Consenso de Washington eram diminuir o tamanho e o papel do Estado, desregular, controlar despesas públicas e inflação e promover liberdade econômica⁴¹³.

Considerando todo o contexto acima, algumas Constituições, editadas antes da década de 1990, alinhavam-se aos valores do Estado Social dominantes à época. São os casos das Constituições portuguesa de 1976 e brasileira de 1988. Nos dois casos, as alterações constitucionais ajustaram o paradigma prestacional do Estado com base em valores caros ao neoliberalismo.

_corruption_achievements_in_ukra>. Acesso em: 5 mar. 2020; CNBC. *Ukraine rows back on anti-corruption law putting IMF aid in jeopardy*. Disponível em: <<https://www.cnbc.com/2019/03/01/ukraine-rows-back-anti-corruption-law-imf-aid-in-jeopardy.html>>. Acesso em: 5 mar. 2020.

⁴¹² NUNES, op. cit., 2003, p. 35 e 53.

⁴¹³ LIMA, op. cit., 2006, p. 41-42.

As alterações formais da CRP, conforme analisado anteriormente, estão mais relacionadas à integração de Portugal à UE. Indiretamente, podem ser associadas também ao neoliberalismo, como doutrina econômico-social vigente no contexto da globalização. Mas a motivação principal, ao menos no caso português, era a integração europeia.

O exemplo que pode ilustrar com mais propriedade como o neoliberalismo serviu de motivação para alterações constitucionais é a Constituição brasileira de 1988. Conforme ensina Oscar Vilhena Vieira⁴¹⁴, a CRFB, representante típica do modelo de constitucionalismo social, estabelecia obrigações positivas para o Estado em busca da igualdade material, regulava atividades econômicas e instituía uma estrutura pública para consecução dos objetivos nela expressos. No entanto, “a onda neoliberal pegou o constitucionalismo brasileiro no contrapé”⁴¹⁵.

A questão que se pretende discutir é se alterações constitucionais expressas podem, com o respeito à normatividade constitucional, realinhar o paradigma prestacional de um Estado Social para um Estado Liberal ou Neoliberal, tendo como parâmetros as cláusulas pétreas e a identidade constitucional⁴¹⁶.

4.3.2.1. O paradigma prestacional de Estado e os parâmetros de controle

O paradigma prestacional remete aos tipos históricos de Estados explicados no capítulo 2. O Estado Liberal, ao qual se associam as Constituições liberais utilitárias, tem como objetivos principais limitar o poder político e garantir os direitos fundamentais das pessoas.

Por outro lado, com o Estado Social se identificam as Constituições programáticas, que, além de limitar o poder e garantir os direitos fundamentais, impõem maior intervenção do Estado com o objetivo de transformação social no âmbito da promoção dos direitos sociais e da organização econômica.

Assim, as Constituições programáticas impõem o dever jurídico de garantir condições materiais mínimas que satisfaçam à dignidade da pessoa humana, por meio de

⁴¹⁴ VIEIRA, op. cit., 1999, p. 38-40

⁴¹⁵ Sobre as características da CRFB, Sarmiento explica que: “Trata-se uma típica constituição dirigente, fiel ao modelo do constitucionalismo social, pródiga em normas programáticas e na consagração de direitos sociais”. Cfr. SARMENTO, op. cit., 2001, p. 162.

⁴¹⁶ A discussão no sentido contrário também interessa, mas perde um pouco de relevância histórica, pois, como mostrado anteriormente, a transição do constitucionalismo liberal para o constitucionalismo social foi marcada pela edição de novas Constituições.

um conjunto de prestações relacionadas aos direitos fundamentais, produzidas ou não pelo Estado, sem prejuízo do reconhecimento do papel do mercado⁴¹⁷.

Em outras palavras, a Constituição do Estado Social pressupõe, no plano dos direitos fundamentais, o “alargamento do direito de cidadania e as novas concepções de justiça social e de igualdade material”, e a reconfiguração da separação dos poderes com a defesa dos direitos sociais pelos Tribunais Constitucionais⁴¹⁸.

A partir dos argumentos sintetizados acima, é possível apontar como elemento nuclear que identifica o paradigma prestacional do Estado Social o dever constitucionalmente imposto de promover os direitos sociais, com a finalidade de buscar um ideal de igualdade material e de garantir condições mínimas compatíveis com a dignidade humana.

O realinhamento constitucional promovido por influência do neoliberalismo não pretende exatamente o retorno ao modelo constitucional do liberalismo oitocentista. Por um lado, propõe a mesma ideia de redução do papel estatal na promoção da igualdade social e dos direitos sociais. Por outro lado, defende o livre mercado e a livre circulação de capital transnacional e, com isso, permite a criação de novos centros externos de poder, principalmente grandes conglomerados empresariais.

Os parâmetros de controle para a fiscalização de constitucionalidade de emendas constitucionais são as cláusulas pétreas e a identidade constitucional. Trata-se de parâmetros específicos que decorrem de cada Constituição. O que se pode considerar, abstratamente falando, como parâmetro para as Constituições dirigentes em geral é o compromisso constitucionalmente positivado com os direitos sociais. Ou seja, as Constituições do Estado Social devem ter como uma de suas finalidades a busca pela igualdade material por meio da constitucionalização dos direitos sociais, pois é justamente esta característica que as define.

Dado que as políticas neoliberais alinhadas à globalização econômica advogam a redução do papel do Estado na busca pela igualdade material, o realinhamento constitucional pressupõe justamente a desconstitucionalização das garantias e dos direitos sociais. É nesta tensão provocada pela tentativa de desconstitucionalização dos direitos sociais e da busca pela igualdade material que se deve concentrar o exame.

⁴¹⁷ LOUREIRO, op. cit., 2010, p. 73-74.

⁴¹⁸ NOVAIS, op. cit., 2017, p. 36-40.

Não se pretende discutir a teoria dos direitos fundamentais ou a intensidade de restrição a eles admitida, mas apenas tomar emprestado um conceito para que se possa definir minimamente os parâmetros de controle.

Os direitos fundamentais (e, também, os direitos sociais) possuem um determinado conteúdo que pode ser restringido pela lei e, com mais razão, pela emenda constitucional. A doutrina cunhou a noção de que todo direito fundamental possui um núcleo essencial, que consiste na parcela do conteúdo de um direito fundamental que não pode ser restringida, sob pena de comprometer a mínima eficácia e de ferir a qualidade de fundamental do direito⁴¹⁹.

Nesse sentido, mesmo as cláusulas pétreas não estabelecem a absoluta intangibilidade do bem constitucional por ela protegido. Elementos circunstanciais do bem protegido podem ser suprimidos, desde que fique preservado seu núcleo essencial⁴²⁰.

Parte-se da premissa básica de que uma emenda constitucional dificilmente seria capaz, individualmente, de caracterizar a ruptura com um determinado modelo prestacional de Estado Social. Não é um juízo de impossibilidade fática, mas de improbabilidade. Tanto é que, nos casos brasileiros e português, foram diversas as emendas que buscaram alterar a Constituição econômica.

Para os casos de emendas constitucionais mais abrangentes e restritivas dos direitos sociais, o sistema de fiscalização de constitucionalidade tem mais condições de desempenhar seu papel de controle tendo como parâmetro as cláusulas pétreas e a identidade constitucional em face das emendas que forem levadas à sua apreciação.

O problema que se coloca é quando a tentativa de descaracterização do paradigma prestacional do Estado é realizada por meio de sucessivas emendas constitucionais ao longo dos anos. Nesses casos o sistema de fiscalização de constitucionalidade tem atuação mais limitada, pois foi pensado para atuar, em regra geral, no controle de atos e situações específicas e, por isso, não costuma ter a visão sistêmica de alterações implementadas ao longo de anos.

Nesse contexto, a questão está em causa é saber em que medida o legislador constituinte é autorizado a realinhar o paradigma prestacional do Estado, com que alcance podem ser aprovadas emendas constitucionais para reduzir o papel do Estado na

⁴¹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. Teoria geral dos direitos fundamentais. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 406-407.

⁴²⁰ BRANCO; MENDES, op. cit., 2020, p. 183.

promoção da igualdade material e em que medida podem ser sistemicamente desconstitucionalizados os direitos sociais.

4.3.2.2. Posição adotada

Sustentou-se, em capítulos anteriores, a possibilidade de relativização das cláusulas pétreas e a necessidade de interpretar restritivamente a identidade constitucional, de modo que sejam considerados, em seu conteúdo, apenas as principais características da ordem constitucional, entre elas o paradigma prestacional do tipo de Estado.

A despeito de ser uma posição que busca reforçar os poderes constituídos em detrimento do poder constituinte originário, entende-se que o núcleo essencial do paradigma prestacional não pode ser transformado, sob pena de ocorrer uma transição constitucional.

Uma Constituição dirigente, a título de exemplo, estabelece uma moldura que inclui entre suas finalidades a busca pela igualdade social e que, além dos direitos e liberdades individuais, promove em alguma medida os direitos sociais. Dentro dessa moldura, que respeita os direitos, garantias e liberdades individuais, que promove a liberdade econômica, mas não descuida da busca pela igualdade social, são possíveis diferentes escolhas e mudanças de rumo⁴²¹.

É uma moldura diferente, por exemplo, do libertarianismo de Hayek e Robert Nozick, base filosófica do neoliberalismo. O modelo de Estado desses autores possui foco na economia e na proteção de direitos patrimoniais e é refratário à intervenção estatal no domínio econômico e a políticas de redistribuição de renda. O papel do Estado seria garantir a segurança e o funcionamento do mercado⁴²².

No Estado mínimo e utópico de Nozick, o respeito pela liberdade pressupõe a exclusão da função distributiva do Estado, ou seja, a liberdade e a igualdade material seriam finalidades incompatíveis. Por isso, Nozick considera as prestações do Estado Social injustas, pois configuram redistribuição forçada de recursos e atentam contra os direitos de propriedade^{423/424}.

⁴²¹ SARMENTO; SOUZA NETO, op. cit., 2017, p. 216.

⁴²² Ibid., p. 214.

⁴²³ BRITO, Miguel Nogueira de. *As andanças de Cândido*: introdução ao pensamento político do século XX. Lisboa: Edições 70, 2009, p. 79-90.

⁴²⁴ Para o outro lado do espectro político, também é uma moldura completamente diferente do constitucionalismo marxista-leninista, que, embora realce os direitos econômicos, sociais e

Além disso, a estrutura constitucional mínima que dá suporte a cada tipo de Estado difere substancialmente entre eles. O constitucionalismo liberal oitocentista surgiu com o pressuposto básico de limitar o poder do Estado, principalmente por meio da separação dos poderes, e de garantir os direitos de liberdade e de propriedade dos cidadãos. Por outro lado, o constitucionalismo social alargou a noção dos direitos fundamentais com as concepções de justiça social e igualdade material e reconfigurou a superação dos poderes com a criação de Tribunais Constitucionais para garantir os direitos constitucionalizados e limitar a ação dos Parlamentos. Ainda, o constitucionalismo marxista-leninista negligenciava esses pressupostos básicos de limitar o poder do Estado e garantir as liberdades individuais.

A migração entre um modelo de constitucionalismo para outro pressupõe alterações muito substanciais na identidade constitucional e representa, na essência, a fundação de um Estado diferente, pois reconfigura substancialmente as principais relações sociais no âmbito interno, ou seja, as relações entre a sociedade, o Estado e, também, o mercado.

Portanto, entende-se que as emendas constitucionais devem respeitar o paradigma prestacional de Estado definido originariamente pela Constituição, ainda que esse paradigma não figure como cláusula pétrea expressa, pois ele integra o núcleo essencial da identidade constitucional e enforma o próprio tipo histórico de Estado fundado pela Constituição. O legislador constitucional é livre para alterar a Constituição dentro dessa moldura, tornado o Estado mais liberal ou mais social, desde que mantidas as características mínimas associadas a cada tipo histórico.

Nesse sentido, no âmbito de Constituições sociais cujas alterações formais vêm sendo motivadas por aspectos ligados à globalização econômica e ao neoliberalismo, ao legislador constituinte deve ser permitido introduzir princípios neoliberais, enfraquecer princípios de justiça social e até desconstitucionalizar direitos sociais em algum grau, desde que mantidas as obrigações constitucionais de respeito à dignidade humana e de busca pela igualdade material, bem como asseguradas as condições para que essas obrigações constitucionais sejam minimamente eficazes⁴²⁵.

culturais, precariza as liberdades individuais e ignora a livre iniciativa e o mercado. Cfr. MIRANDA, op. cit., 2014a, p. 213.

⁴²⁵ A título de ilustração, importa lembrar que a Lei Fundamental alemã de 1949 incluiu entre suas cláusulas pétreas expressas a qualificação de Estado social e democrático. Cfr. SARMENTO; SOUZA NETO, op. cit., 2017, p. 294.

4.3.2.3. As emendas constitucionais de cunho neoliberal na CRFB

A CRFB, promulgada em 1988, é tipicamente uma representante do constitucionalismo social. Em seu art. 1º, elenca como fundamentos da república, entre outros, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. Em seu art. 3º, estabelece como um dos objetivos fundamentais “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”.

No Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), elenca generosos direitos e deveres individuais e coletivos (Capítulo I), direitos sociais (Capítulo II) e direitos políticos (Capítulo IV). No art. 6º, com a redação alterada por emendas que, inclusive, incluíram novos direitos, fixa que são direitos sociais “a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados”⁴²⁶.

A despeito do inegável alinhamento às características do Estado Social, a CRFB “foi pega no contrapé pela onda neoliberal que varreu o mundo, e que se intensificou a partir da queda do Muro de Berlim”⁴²⁷.

As reformas liberais têm sido adotadas, com maior ou menor força, desde o governo de Fernando Collor (1990-1992), neste caso por meio de atos infraconstitucionais. Mas foi no governo do social-democrata Fernando Henrique Cardoso (1995-2002) que se destacaram as primeiras emendas constitucionais de cariz econômico liberal, cujo objetivo fundamental era “reduzir a participação do Estado na atividade econômica, flexibilizar a administração e o sistema previdenciário e equilibrar o orçamento”. A título de exemplo, as emendas constitucionais n. 5, 6, 8 e 9, todas promulgadas no ano de 1995, trataram de questões como privatização da exploração de serviços de gás canalizado, de telecomunicações e de petróleo⁴²⁸.

A seguir, várias outras emendas foram aprovadas no sentido de implementar reformas administrativas (emenda constitucional n. 19, de 1998) e, principalmente, previdenciárias (emendas n. 20, de 1998, 41, de 2003, 47, de 2005, e 103, de 2019).

Todas essas reformas teriam obedecido à mesma lógica neoliberal estabelecida no Consenso de Washington, ou seja, “abertura internacional, liberalização

⁴²⁶ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, loc. cit.

⁴²⁷ SARMENTO, op. cit., 2001, p. 162; no mesmo sentido, e ainda anterior, cfr. VIEIRA, op. cit., 1999, p. 40.

⁴²⁸ VIEIRA, op. cit., 1999, p. 43.

da economia, privatização e controle do déficit público com contenção de gastos sociais”. Seria uma forma de “adaptar o Estado brasileiro às demandas da globalização”⁴²⁹.

A CRFB foi formalmente alterada por mais de cem vezes, então as emendas acima são apenas exemplos ilustrativos. Nesses casos, as questões que se colocam são as mesmas do tópico anterior. É preciso examinar se essas emendas que pretendem realinhar o paradigma constitucional brasileiro de um Estado Social para um Estado neoliberal têm respeitado os limites materiais de emenda constitucional e a identidade constitucional.

Em relação aos limites materiais expressos, a CRFB estabelece que não será objeto de deliberação a emenda constitucional “tendente a abolir”: a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes; e os direitos e garantias individuais (art. 60, § 4º).

O objetivo do exame não é analisar as emendas individualmente para aferir a compatibilidade com as cláusulas pétreas ou a identidade constitucional. A esse respeito, o STF tem sido atuante, a exemplo das decisões nas ações que questionaram a constitucionalidade da emenda n. 41/2003 sobre a reforma da previdência⁴³⁰.

Apesar dessa ressalva, importa mencionar que as cláusulas pétreas expressas na CRFB não possuem relação direta com a ordem econômica. A polêmica que se poderia suscitar reside no fato de saber se os direitos sociais estariam incluídos no rol das cláusulas pétreas, ou seja, se estariam contidos na ideia de “direitos e garantias individuais”.

A doutrina brasileira divide-se sobre o tema. Os que aceitam a hipótese de os direitos sociais serem protegidos pela cláusula de eternidade fazem-no com a ressalva de que o legislador constitucional pode restringir os direitos sociais, desde que respeite seu núcleo essencial, mormente aquele ligado ao conceito da dignidade da pessoa humana. Seria também a posição do STF sobre o tema⁴³¹.

⁴²⁹ VIEIRA, op. cit., 1999, p. 45-46; SARMENTO, op. cit., 2001, p. 163.

⁴³⁰ A emenda permitiu a tributação previdenciária de servidores públicos inativos. “O STF não reconheceu, na hipótese, qualquer afronta a direito adquirido, mas invalidou regras que tinham instituído diferença de tratamento, considerada injustificada, entre, de um lado, os servidores e pensionistas da União, e, do outro, os dos Estados, Distrito Federal e municípios”. Cfr. SARMENTO; SOUZA NETO, op. cit., 2017, p. 311. Para uma perspectiva mais detalhada sobre o controle de emendas à luz das cláusulas pétreas, cfr. BRANDÃO, op. cit., 2018, em especial, p. 251-278.

⁴³¹ Cfr. SARMENTO; SOUZA NETO, op. cit., 2017, p. 308. Os juristas ensinam que, no caso da EC nº 41/2003, que restringiu direitos previdenciários de servidores públicos, não teria sido atingido o núcleo do direito fundamental à previdência social. O núcleo desse direito consiste, segundo a obra, “na garantia de condições dignas de vida após a aposentadoria, a qual também

Além disso, como se tem observado no caso brasileiro, as ideias neoliberais têm sido introduzidas aos poucos, por meio de reformas sucessivas implementadas por meios infraconstitucionais e por emendas constitucionais. A regulação da ordem econômica e social no âmbito do Estado é uma matéria polêmica que vem sendo discutida, em termos abstratos, há séculos. Assim, é improvável que alterações profundas quanto ao papel do Estado brasileiro perante a economia e a busca da igualdade sejam aprovadas bruscamente no Parlamento, considerando que se tem mantido uma relativa pluralidade na composição política brasileira desde a redemocratização.

A questão então é analisar em que medida essas alterações, tomadas em seu conjunto, são constitucionalmente legítimas para reorientar ideologicamente a identidade constitucional brasileira, como vem sendo feito desde a década de 1990⁴³².

Nesse sentido, conforme sustentado anteriormente, ao legislador constituinte deve ser permitido aumentar ou reduzir o grau de socialidade da Constituição brasileira, seja por meio de reformas liberais, seja pela redução do conteúdo dos direitos sociais.

Apesar das sucessivas reformas e emendas constitucionais editadas até então, geralmente restritivas do grau de socialidade da Constituição brasileira, a CRFB ainda contém uma obrigação normativa finalística de redução das desigualdades sociais. No mesmo sentido, o Estado brasileiro ainda continua obrigado a garantir os direitos sociais previstos no art. 6º, tais como educação e saúde.

Aliás, este deve ser o parâmetro a ser examinado no futuro caso a ideologia neoliberal permaneça dominando a lógica da globalização econômica e caso as emendas constitucionais continuem a restringir sucessivamente a socialidade do Estado brasileiro. Por enquanto, a educação e a saúde permanecem como direito de todos e dever do Estado (arts. 205 e 196), o Estado continua obrigado a prestar assistência social a quem dela necessita, independentemente de contribuição (art. 203), e a previdência social, apesar das reformas e da redução dos benefícios, mantém sua essência. Mas não se deve perder de vista que o libertarianismo de Robert Nozick, ou mesmo o neoliberalismo alheio à igualdade social, não se compatibilizam com a Constituição brasileira.

não pode ser postergada para além do momento em que o segurado não tenha mais as condições físicas necessárias para trabalhar, sem prejuízo da própria saúde”.

⁴³² A esse respeito, vale dizer que esse argumento já foi utilizado na década de 1990 para defender a inconstitucionalidade das reformas econômicas de inspiração neoliberal por incompatibilidade com o Estado Social. Cfr. SARMENTO; SOUZA NETO, op. cit., 2017, p. 297-298.

A questão da concretização das normas constitucionais e da efetiva implementação de um verdadeiro Estado Social não será tratada. Em breves palavras, pode-se afirmar que, desde sua promulgação, os direitos e garantias sociais previstos na CRFB não foram efetivamente assegurados. Assim, por exemplo, os objetivos fundamentais de erradicação da pobreza e de redução das desigualdades não foram atingidos. Em sentido semelhante, o salário mínimo não é suficiente para garantir minimamente os direitos sociais previstos nos art. 6º e 7º, como alimentação, moradia, transporte, segurança e lazer. Por enquanto, educação e saúde ainda contam com uma estrutura pública, embora precária.

A filosofia neoliberal em que se baseiam as reformas torna a questão mais difícil, pois as reduções de despesa concentram-se em áreas importantes para a garantia de condições mínimas para a dignidade das pessoas, como os rendimentos de previdência e de assistência social. A crise fiscal que assola o Brasil (e muitos outros Estados no mundo) serve como justificativa para reduzir benefícios previdenciários e assistenciais das classes mais necessitadas. Em paralelo, a mesma crise fiscal dificulta a gestão de conservação e de investimento em áreas cruciais como educação e saúde, precarizando ainda mais a qualidade de serviços públicos de que as classes mais humildes dependem.

Portanto, embora o legislador constituinte possua, sob uma perspectiva democrática de autonomia geracional, certa liberdade de realinhar a Constituição social brasileira aos padrões neoliberais, é preciso não descuidar dos objetivos fundamentais constitucionalmente impostos de erradicar a pobreza e reduzir as desigualdades, que enformam a identidade constitucional brasileira. É preciso, na essência, respeitar o equilíbrio delicado entre a ideia de Direito contida na identidade constitucional e o poder de alterar a Constituição, assim como buscar meios para a efetiva concretização das normas constitucionais.

5. GLOBALIZAÇÃO E O EXERCÍCIO DO PODER CONSTITUINTE

5.1. Considerações introdutórias

Este capítulo trata das pressões que a globalização impõe na elaboração de novas Constituições, ocasião em que se verifica o exercício do poder constituinte. Em que pese ser uma influência de menor intensidade e extrajurídica, quando comparada com as influências no que concerne às alterações constitucionais parciais, é importante contextualizar o referencial teórico da teoria do poder constituinte para o perfeito entendimento do que se exporá na sequência.

O exercício do poder constituinte caracteriza-se, sob o aspecto jurídico, como um processo ou um ato fundacional de um novo Estado. Trata-se de um poder ilimitado juridicamente, a despeito de existirem limites de outras naturezas ao seu exercício. Isto significa que o poder constituinte não se encontra juridicamente limitado por norma pré-existente, interna ou externa ao Estado, positiva ou suprapositiva. Entre aqueles que advogam não existirem limites jurídicos ao poder constituinte, costuma-se alegar que não existe sanção jurídica à violação desses supostos valores. Essa é a posição doutrinária que advoga a impossibilidade de uma norma constitucional originária ser juridicamente invalidada por violação a valores suprapositivos⁴³³.

Sem embargo, existem valores políticos, éticos, filosóficos e de outras naturezas que acabam por restringir, na prática, seu exercício. São geralmente relacionados aos direitos fundamentais ligados à dignidade da pessoa humana e aos princípios do Estado Democrático de Direito.

É nesse contexto que se deve observar em que medida valores caros à globalização, geralmente alinhados ao neoliberalismo econômico e à difusão de um sistema universal de direitos humanos, ambos de matriz ocidental, limitam a liberdade de exercício do poder constituinte. Trata-se, na verdade, de uma autolimitação, uma opção do constituinte de se submeter a esses valores, sob pena de incorrer em consequências

⁴³³ Sobre a posição aqui exposta, por todos, cfr. MORAIS, op. cit., 2018, p. 206-223, 405 e ss. Nada obstante, há vozes contrárias que sustentam expressamente a possibilidade de invalidação de normas constitucionais originárias, como, por exemplo, na doutrina portuguesa, OTERO, Paulo. *Direito Constitucional português: organização do poder político*. V. II. Coimbra: Almedina, 2010b, p. 157. Vale citar, ainda, a obra de Otto Bachof, *Normas Constitucionais inconstitucionais*, publicada originariamente em 1951.

políticas quanto à legitimidade constitucional e democrática do Estado, bem como sociais e econômicas⁴³⁴.

A despeito de não limitado juridicamente, não se vislumbra, em termos fáticos, como um Estado, inserido na cultura ocidental influenciada pelo constitucionalismo europeu ou norte-americano, poderia elaborar uma nova Constituição que desrespeitasse o núcleo desses valores e se manter isolado política e economicamente de Estados vizinhos e parceiros comerciais em um mundo cada vez mais globalizado.

É importante esclarecer que não se está a tratar de casos contidos em uma zona cinzenta em que o texto constitucional permita interpretações metodologicamente adequadas e que apenas ponham em dúvida o respeito a tais valores.

Cuida-se, propositadamente, de casos contidos em uma zona de certeza em que a interpretação metodologicamente adequada do texto constitucional permita apenas concluir o desrespeito a esses valores. Seria o caso, para citar exemplos radicais, de Constituições que permitissem a escravidão, a tortura, que instituíssem discriminações odiosas quanto ao gozo dos direitos, garantias e liberdades em razão de sexo, raça ou cor. Ou seja, casos de gravíssimas violações a imperativos de justiça assim considerados na cultura ocidental⁴³⁵.

Não há exemplos concretos de novas Constituições no âmbito dos Estados ocidentais que tenham frontalmente desrespeitado o núcleo principal dos direitos humanos e, provavelmente, não haverá em um futuro próximo, justamente por conta dessa pressão de uma comunidade internacional por um universalismo ético, a despeito

⁴³⁴ Um interessante trabalho demonstrou como a identidade constitucional de países em desenvolvimento, em especial países socialistas, é influenciada por princípios e valores do constitucionalismo de matriz liberal, inclusive na elaboração de novas Constituições. BUI, op. cit., 2017, p. 468-476.

⁴³⁵ Poder-se-ia cogitar de pena de morte ou interrupção voluntária da gravidez. Todavia, é importante esclarecer que essas questões, a nosso ver, ainda pertencem à zona cinzenta (sociologicamente falando, não axiologicamente) na qual não há consenso sobre se tais previsões violam algum limite ao poder constituinte. Conforme bem observado por Carlos Blanco de Moraes, não há que se cogitar de inconstitucionalidade de normas constitucionais da Constituição dos Estados Unidos da América por elas admitirem, nos estados federados, a pena de morte. Ou, também, da maioria das Constituições europeias quando são interpretadas pela Justiça Constitucional no sentido de não ser vedada a interrupção voluntária da gravidez. Cfr. MORAIS, op. cit., 2018, p. 209-210. Sobre a pena de morte, entende-se que se está a caminhar para um entendimento de sua abolição em qualquer hipótese, porém o processo histórico é lento. Com efeito, verifica-se que tanto a CDFUE quanto a CEDH vedam, em qualquer hipótese, a aplicação da pena de morte. No caso da CEDH, o texto originário, de 1950, permitia a aplicação de sentença capital pronunciada por um tribunal. Contudo, os Protocolos nº 6, de 1983, e 13, de 2002, paulatinamente proibiram a pena de morte, mesmo em tempos de guerra, para os países signatários.

da escalada de regimes políticos situados em posições extremas no espectro político que se tem observado nos últimos anos.

Ainda que pudesse haver, supõe-se que uma Constituição promulgada nesses termos, em um momento histórico de acirramento de extremismo político, seria nominalizada com o passar do tempo ou seria alterada, seja por pressão da comunidade internacional, seja por abrandamento do próprio extremismo político no interior da comunidade política a que se destina a Constituição.

Porém, conforme observado, é improvável que tenhamos algum exemplo de Constituição, nos Estados ocidentais, que desrespeite frontalmente os mais básicos direitos fundamentais associados à dignidade da pessoa humana. Por mais extremista que se mostre qualquer comunidade política, a história demonstra que esses atos são sempre acompanhados de medidas que os tentam esconder ou legitimar.

O caso que mais se aproxima desse paradigma, atualmente, na tradição ocidental, é a Constituição húngara de 2011, que tem sido apontada como violadora de direitos humanos e de princípios democráticos protegidos pela União Europeia e pelo Conselho Europeu, organismos dos quais a Hungria faz parte.

Este capítulo aborda o desenvolvimento teórico da teoria do poder constituinte, da controversa questão dos limites aos quais é submetido, assim como dos parâmetros que instrumentalizam tais limites (itens 5.2 a 5.4). Em seguida, propõe-se a adoção de uma posição acerca da questão dos limites ao poder constituinte (itens 5.5 e 5.6). Por fim, promove um estudo de caso da Constituição húngara de 2011 (item 5.7). O objetivo é demonstrar de que forma o poder constituinte vem sendo restringido pela globalização e pela emergência de uma ordem global.

5.2. Notas sobre o desenvolvimento histórico da teoria do poder constituinte

O desenvolvimento da teoria do poder constituinte remonta ao nascimento do constitucionalismo moderno e, mais especificamente, à experiência do constitucionalismo americano e do constitucionalismo francês⁴³⁶.

Na realidade americana, marcada por um cenário de monarquia limitada (portanto, não absoluta) e com base no pensamento político de John Locke, o

⁴³⁶ É importante recordar que o constitucionalismo moderno inovou ao atribuir validade jurídico-positiva aos modelos teóricos do contratualismo, afastando-se do jusnaturalismo. Em outras palavras, o constitucionalismo redirecionou a legitimidade do poder, que antes era baseada na origem divina, passando a Constituição a produzir ela própria o poder político legítimo, apresentando-se como constitutiva do poder. Cfr. BRITO, op. cit., 2017, p. 26-27.

estabelecimento de novas bases do poder político decorreu da discordância quanto à ideia de soberania legislativa, que era contrária à ideia do povo como fonte do poder. Nesse contexto, não foi preciso questionar a necessidade de limitar o poder, pois já era limitado, tampouco de afirmar o caráter unitário e indivisível da soberania, uma vez que a distinção lockeana entre poder constituinte e poder constituído representava ela própria uma limitação à soberania. A Constituição era vista como instrumento de limitação do governo. Na Revolução Americana, objetivava-se a fundação de uma nova autoridade e não de um novo poder⁴³⁷.

Na realidade francesa, marcada pelo regime monárquico absolutista que precedeu a Revolução e com base nos pensamentos políticos de Thomas Hobbes e Jean-Jacques Rousseau, deu-se a fundação de um novo poder absoluto, antes ligado à origem divina do poder real, posteriormente relacionado à vontade da nação. A ideia de soberania absoluta da nação representou apenas a continuidade de uma tradição acostuada ao poder absoluto. Nesse caso, afirmava-se o caráter ilimitado e indivisível do poder soberano, o que era contrário à distinção entre poder constituinte e poder constituído, pois tal separação representaria uma limitação da soberania⁴³⁸.

A teoria do poder constituinte na realidade francesa acabou por ser mais bem desenvolvida por Emmanuel Sieyès⁴³⁹, em cujo pensamento se pode distinguir duas fases. Na primeira, de cariz mais revolucionário, baseada no pensamento de Rousseau sobre indivisibilidade da soberania e nas ideias de Jean Bodin segundo as quais o soberano seria *legibus solutus*, afirmou-se o caráter absoluto e ilimitado do poder constituinte, representado pela ideia de insubmissão da nação à Constituição, limitado apenas pelo direito natural. Em uma fase seguinte, o pensador francês deu à teoria do poder consituinte a tarefa de assegurar a estabilidade constitucional, ocasião em que já foi possível perceber uma separação rigorosa entre poder constituinte e poderes constituídos^{440/441}.

⁴³⁷ BRITO, op. cit., 2000, p. 5–7, 23, 28–30, 34 e 70.

⁴³⁸ Ibid., p. 5, 23, 50 e 70.

⁴³⁹ Embora alguns atribuam a Sieyès a gênese da teoria do poder constituinte, que teria sido teorizada, em 1789, na obra “*O que é o terceiro Estado?*” (título original em francês), a doutrina explica que o conceito moderno de poder constituinte já havia sido teorizado anteriormente, em 1777, por Thomas Young, no âmbito do constitucionalismo americano, por ocasião da criação do Estado de Vermont. Cfr. MORAIS, op. cit., 2018, p. 182; BRITO, op. cit., 2000, p. 33.

⁴⁴⁰ Cfr. BRITO, op. cit., 2000, p. 74-80, com apoio nos ensinamentos de Olivier Beaud, em *La Puissance de l'État*, Paul Bastid, em *L'Idée de Constitution*, e Carré de Malberg, em *Contribution à la Théorie Générale de l'État*.

⁴⁴¹ Costuma-se evidenciar a perspicácia de Sieyès que, ao assumir a divisão entre poder constituinte e poderes constituídos, teria conseguido harmonizar a onipotência da vontade geral

Assim, nesse contexto histórico inicial, o poder constituinte, embora não estivesse imune a influências externas, era exercido na prática de forma realmente ilimitada, circunscrito e baseado em um contexto geopolítico interno do Estado nacional em que se afirmava a soberania de um ato fundacional imputado ao povo ou à nação, sem a imposição prática de limites ou condições externas ao Estado soberano, exceto pela barreira teórica do direito natural.

Em um segundo momento, com a crise do jusnaturalismo e a ascensão das teorias do positivismo jurídico, principalmente no início do Século XX, contrapostas à ideia da existência de um direito natural, com destaque ao normativismo kelseniano e ao decisionismo de Carl Schmitt, passou-se a sustentar a ausência de limites normativos para o poder constituinte, ainda que pudessem existir limites de outras naturezas^{442/443}.

As teorias positivistas, que admitiam uma Constituição vazia de um conteúdo material e moral necessário, acabaram servindo de pano de fundo ideológico na tentativa de legitimar as práticas criminosas dos regimes totalitários europeus na primeira metade do Século XX.

Essa concepção positivista mais rigorosa de ser o poder constituinte ilimitado e incondicionado foi sendo relativizada ao longo dos anos, principalmente a partir da Segunda Guerra Mundial, como reação aos crimes contra a humanidade praticados, e em razão do avanço e consolidação de uma ordem jurídica internacional⁴⁴⁴.

Desde então, vem sendo empreendido um esforço na tentativa de se atingir uma relativa concordância doutrinária a respeito da existência de valores que devem ser observados pelo poder constituinte como efetivos limites ao seu exercício, a despeito da controvérsia sobre a natureza desses limites e da consequência jurídica em caso de violação. O objetivo seria evitar que, novamente, regimes totalitários ou autoritários tentassem legitimar ordens jurídicas que desrespeitassem direitos humanos que vêm sendo consagrados desde a metade do século passado.

de Rousseau com a divisão dos poderes de Montesquieu. Isso porque a vontade geral expressar-se-ia no momento constituinte, de forma soberana, de modo que a separação dos poderes constituídos não geraria contradição com a unidade do poder constituinte soberano, além do que seria capaz de assegurar a legitimidade dos poderes constituídos e a garantia da proteção dos direitos individuais. Cfr. MEDEIROS, op. cit., 2015, p. 134-138. Para uma apreciação crítica a respeito da afirmação, principalmente da utilidade da evocação do pensamento de Montesquieu para a compreensão da teoria de Sieyès, ver BRITO, op. cit., 2000, p. 72-92.

⁴⁴² SARMENTO; SOUZA NETO, op. cit., 2017, p. 253-257.

⁴⁴³ Para uma síntese das principais correntes positivistas, ver MORAIS, op. cit., 2018, p. 373 e ss.

⁴⁴⁴ BARROSO, op. cit., 2018, p. 86-87; MORAIS, op. cit., 2018, p. 302-303.

No contexto atual, o poder constituinte pode ser entendido como um poder político de auto-ordenação que tem condições, em razão de sua força ou autoridade, de praticar um ato de vontade política fundacional de uma ordem jurídica, em determinada situação concreta, capaz de estabelecer uma Constituição como lei fundamental da comunidade política⁴⁴⁵.

5.3. Sistematização doutrinária e natureza dos limites ao poder constituinte

A teorização clássica, ao menos de matriz francesa, concebia o poder constituinte como um poder absoluto, ilimitado e incondicionado, na medida em que seu exercício não encontraria limites em norma jurídica pré-existente ou condição para ser exercido, exceto os limites impostos pela “frágil barreira do direito natural”⁴⁴⁶.

Conforme dito anteriormente, tal concepção decorreu da tradição francesa acostumada ao poder absoluto, em que se deu a fundação de um novo poder absoluto, antes ligado à origem divina do poder real, para então se relacionar com a vontade da nação. O desenvolvimento na realidade americana teria seguido por caminho diverso.

No contexto histórico posterior à Segunda Guerra Mundial, como reação aos crimes contra a humanidade cometidos no âmbito dos regimes totalitários europeus, proporcionados, de alguma maneira, por um positivismo indiferente ao conteúdo material da Constituição, a doutrina passou a tentar sistematizar limites materiais ao exercício do poder constituinte. Seria uma espécie de renovação do pensamento jusnaturalista^{447/448}.

Tais limites justificar-se-iam na medida em que existiriam valores, dentro de determinado contexto histórico, que se ligariam de forma quase indissociável à noção de Estado de Direito. Assim, um poder constituinte pretensamente legítimo não poderia ou não deveria elaborar um texto constitucional cujas normas contrariassem determinados valores. A problemática sobre o tema refere-se justamente a que valores seriam esses e de que natureza.

⁴⁴⁵ Optou-se por conjugar os conceitos expostos nas seguintes obras: GOMES CANOTILHO, op. cit., 2003, p. 65; MIRANDA, op. cit., 2013b, p. 106; MORAIS, op. cit., 2018, p. 179.

⁴⁴⁶ Miguel Nogueira de Brito, ao citar Paul Bastid, adverte que, mesmo em Sièyes, o exercício do poder constituinte seria limitado pela “frágil barreira do direito natural”. Cfr. BRITO, op. cit., 2000, p. 75. No mesmo sentido, cfr. SARMENTO; SOUZA NETO, op. cit., 2017, p. 253-254.

⁴⁴⁷ MORAIS, op. cit., 2018, p. 302-303.

⁴⁴⁸ Sobre o “renascimento do direito natural” após os regimes totalitários europeus em seguida à Segunda Guerra, ver PINTO, Luzia Marques da Silva Cabral. *Os limites do poder constituinte e a legitimidade material da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 1994, p. 65 e ss.

Ernst-Wolfgang Böckenförde⁴⁴⁹ sintetiza que a teoria do poder constituinte não legitima o exercício de uma força arbitrária por duas razões. Em primeiro lugar, pois o poder constituinte estaria determinado por uma vontade de constituição⁴⁵⁰. E Constituição, segundo ele, significaria, entre outras características, a limitação do poder, não cabendo em uma Constituição um poder absoluto ou o seu exercício arbitrário. Em segundo lugar, porque a referência de Sieyès à nação como titular do poder constituinte pressuporia uma consciência conjunta de um povo que se reconhece como sujeito político, ou seja, se configura como vontade política a partir de concepções e convicções culturais, éticas e espirituais, e não como uma mera adição da vontade particular da maioria⁴⁵¹.

Na doutrina portuguesa, destaca-se a sistematização apresentada por Jorge Miranda⁴⁵², segundo o qual o poder constituinte estaria sujeito a três categorias de limites materiais: limites transcendentais, imanentes e heterônomos.

Os limites transcendentais, segundo ele, provêm de “imperativos de direito natural, de valores éticos superiores, de uma consciência jurídica coletiva”. Seriam aqueles relacionados aos direitos fundamentais conexos com a dignidade da pessoa humana⁴⁵³.

Os limites imanentes são aqueles “ligados à configuração do Estado à luz do poder constituinte material ou à própria identidade do Estado de que cada Constituição representa apenas um momento da sua marcha histórica”. Seriam limites relacionados à soberania, forma de Estado e legitimidade política⁴⁵⁴.

⁴⁴⁹ BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. Tradução Rafael de Agapito Serrano. Madri: Trotta, 2000, p. 176-177.

⁴⁵⁰ Vontade de constituição, expressão criada por Konrad Hesse, refere-se à legitimidade de uma Constituição que deriva de sua aceitação pela comunidade política. Cfr. HESSE, op. cit., 1991. No mesmo sentido, Jorge Miranda chama de cultura constitucional e Pablo Lucas Verdú, de sentimento constitucional. Cfr. VERDU, Pablo Lucas. *El Sentimiento Constitucional*. Madrid: Reus, 1985, p. 48 e ss. Sinteticamente, cfr. COUTINHO, Luís Pereira. *A autoridade moral da Constituição: da fundamentação da validade do direito constitucional*. Coimbra: Coimbra, 2009, p. 377-380.

⁴⁵¹ Para uma abordagem das posições que reconhecem ou não a necessidade de uma justificação axiológica da Constituição para aferir-se sua legitimidade material, ver PINTO, op. cit., 1994, p. 37-97. Na obra, a autora divide a legitimidade constitucional em formal e material e sustenta que, para além de um procedimento constituinte democrático a ser observado (legitimidade formal), a legitimidade material da Constituição depende de ser referenciada “a um processo de emancipação que se exprime sob a forma de Direitos Humanos constitucionalizados e cometidos ao Estado como tarefa indeclinável”.

⁴⁵² MIRANDA, op. cit., 2013b, p. 142.

⁴⁵³ Ibid., p. 142-143.

⁴⁵⁴ Ibid., p. 144.

Por fim, os limites heterônomos são “provenientes da conjugação com outros ordenamentos jurídicos”. Seriam limites provenientes do Direito Internacional, dos quais resultariam obrigações a todos os Estados (princípios de *jus cogens*) ou a determinado Estado em específico (em virtude de deveres assumidos perante outros Estados ou a comunidade internacional)^{455/456}.

Carlos Blanco de Moraes sustenta uma posição crítica acerca da existência de limites jurídicos ao poder constituinte soberano e apresenta argumentos contrários aos demonstrados na classificação de Jorge Miranda.

No que se refere aos limites transcendentais, observa que o direito natural, enquanto relacionado à teologia, pode vir a ser aceito apenas por uma parte da coletividade ligada aos mesmos valores religiosos, mas não por todos, e, principalmente, não deveria ser considerado como parâmetro por Estados constitucionalmente laicos. Para o autor, o direito natural insere-se em um patamar ético-jurídico e filosófico. Acrescenta, ainda, uma questão de ordem prática, no sentido de que alguns juristas que admitem a existência desses limites não extraem disso uma consequência jurídica no sentido de se permitir a declaração de inconstitucionalidade de normas jurídicas originárias. Conclui que os “referidos limites não revestem natureza jurídica e, como tal, não são parâmetros de constitucionalidade”. Estende as mesmas considerações às teses do constitucionalismo moralmente reflexivo, defensoras de um suprapositivo ético, uma espécie de “axiologia superior sem direito natural”⁴⁵⁷.

Em relação aos limites imanentes, apresenta argumentos fáticos e históricos e procura citar exemplos de Estados que tiveram sua identidade transformada, como no caso da reunificação da Alemanha e de regimes políticos que se transformaram de Estado

⁴⁵⁵ Ibid., p. 145.

⁴⁵⁶ Gomes Canotilho alude a uma espécie de vinculação jurídica do poder constituinte, amparada na existência de “padrões e modelos de conduta espirituais, culturais, éticos e sociais radicados na consciência jurídica geral da comunidade”, bem como na necessidade de observância de princípios de justiça que devem ser compreendidos como limites da liberdade do poder constituinte. Acresce, também, a vinculação a princípios de Direito Internacional. Cfr. GOMES CANOTILHO, op. cit., 2003, p. 81-82. Em sentido semelhante, Paulo Otero admite a “subordinação da normatividade constitucional a uma ordem de valores suprapositiva decorrente da referida ‘consciência jurídica geral’”. E vai além ao afirmar que esses princípios jurídicos fundamentais vinculam o legislador constituinte e “servem de padrão de conformidade normativa do texto constitucional escrito”, com suporte na tese conhecida de Otto Bachof sobre normas constitucionais inconstitucionais. Cfr. OTERO, op. cit., 2010b, p. 157.

⁴⁵⁷ MORAIS, op. cit., 2018, p. 207-210.

democrático para o Estados autoritários ou democracias iliberais, a exemplo das Constituições da Venezuela de 1999 e da Hungria de 2012⁴⁵⁸.

Em relação aos limites derivados do Direito Internacional Público imperativo, o *Jus Cogens*, o autor admite se tratar de padrão normativo de validade das normas de Direito Internacional Público, mas não de limites das Constituições dos Estados, sob o argumento de que não existe nenhuma regra de Direito Internacional ou Constitucional interno que habilite tais normas a vincularem a Constituição⁴⁵⁹.

Em conclusão, admite que existam “limites políticos, éticos, sociais e culturais ao poder constituinte”, mas que não se confundem com limites jurídicos e que, portanto, não se poderia declarar inválidas normas constitucionais originárias com base nesses parâmetros. Entre os riscos assumidos pelo Estado cujo constituinte não respeitasse esses limites, estariam a nominalização ou a insubsistência da Constituição. Acrescenta que são “limites estruturais de natureza metajurídica que condicionam politicamente a elaboração da Constituição e sua subsistência futura”^{460/461/462}.

No âmbito da Justiça Constitucional, importa registrar que o Tribunal Constitucional alemão afirmou, em 1950, a possibilidade de controle de normas constitucionais originárias, “em casos excepcionais, de gravíssimas violações a imperativos de justiça”, embora nunca tenha invalidado uma norma de tal categoria. Ao contrário, o Supremo Tribunal Federal brasileiro, desde 1996, vem rejeitando a tese da possibilidade de normas constitucionais originárias serem declaradas inconstitucionais⁴⁶³.

Importa perceber que essas decisões devem ser contextualizadas com o fato de terem sido proferidas no bojo de Constituições tidas como democráticas, como eram os casos da Constituição alemã e da Constituição brasileira de 1988. Eventuais casos de

⁴⁵⁸ Ibid. p. 210-211.

⁴⁵⁹ Ibid., p. 212-214.

⁴⁶⁰ Ibid., p. 2223 e 425.

⁴⁶¹ Miguel Reale demonstra que Jhering já havia analisado a questão no âmbito de sua teoria da autolimitação. O pensador alemão já teria reconhecido se tratar de uma questão política e não jurídica. Segundo ele, “por mais arbitrária que seja uma Assembleia Constituinte (...), eles pautarão a sua concepção em torno dos direitos públicos subjetivos conforme a resistência do meio cultural e do meio social em que atuem. O problema da autolimitação do poder do Estado é um problema da história política”. Cfr. REALE, op. cit., 2002, p. 273-274.

⁴⁶² O professor Jorge Miranda, em seu livro, apresenta réplica aos argumentos de Carlos Blanco de Moraes, mas, por não representar o objetivo deste trabalho discutir tal debate doutrinário, deixar-se-á de tecer maiores considerações. Para maiores detalhes, cfr. MIRANDA, op. cit., 2013b, p. 142-145. No mesmo sentido, MIRANDA, op. cit., 2012a, p. 969-970.

⁴⁶³ SARMENTO; SOUZA NETO, op. cit., 2017, p. 255-256. Para outros detalhes da posição do Tribunal Constitucional alemão sobre o tema, ver PINTO, op. cit., 1994, p. 73-75.

“gravíssima violação a imperativos de justiça”, em contextos de Constituições autoritárias, talvez tivessem desfechos diferentes no plano fático.

Além disso, a questão dos limites ao poder constituinte deve ser examinada, em determinados casos, à luz da distinção entre poder constituinte material e formal. O exercício do poder constituinte é um processo, geralmente complexo e longo, que pode perdurar por meses e até anos, desde a decisão pela elaboração de uma nova Constituição até a entrada em vigor da Constituição formal. Nesse sentido, o poder constituinte material consiste na expressão inicial desse poder de auto ordenação, no estabelecimento de uma nova ideia de Direito. É anterior ao poder constituinte formal, que, por sua vez, é responsável por formalizar a nova ideia de Direito e decretar a Constituição formal⁴⁶⁴.

Ao longo do processo constituinte, os direitos fundamentais com vocação universal revestem-se, de certa forma, de limites jurídicos à ordem jurídica que ainda está em vigor, porém em processo de mudança⁴⁶⁵. No entanto, durante o processo constituinte, é possível dizer que tais direitos transmudam sua natureza, de jurídicos para políticos ou éticos, o que se vem a concretizar com o exercício do poder constituinte formal e a formalização da nova Constituição.

A partir do momento da entrada em vigor da nova Constituição, não se deve mais falar em limite jurídico ou do potencial de se invalidar juridicamente uma norma da Constituição que colida com esses direitos fundamentais de vocação universal. Não se estaria a tratar, então, de uma questão de validade, mas de legitimidade.

A despeito disso tudo, um dado poder constituinte, ao formalizar um texto constitucional violador de algum desses supostos limites materiais ao poder constituinte, não deixaria de ser poder constituinte, assim como sua Constituição não perderia a qualidade de lei fundamental do Estado, formalmente falando, ao menos em termos sociológicos e fáticos. O que se poderia questionar seria a legitimidade do modo de exercício desse poder constituinte e das normas constantes do texto constitucional, à luz dos princípios caracterizadores de Estados Democráticos de Direito.

Em se tratando do exercício ilegítimo do poder constituinte, as sanções ao alcance da comunidade internacional teriam caráter político, como o não reconhecimento do novo Estado ou sanções com efeitos econômicos ou comerciais, bem como sanções

⁴⁶⁴ MIRANDA, op. cit., 2013b, p. 100 e ss.

⁴⁶⁵ Ignorando-se a hipótese de uma Constituição provisória reger o exercício do poder constituinte material.

jurídicas no âmbito do Direito Internacional, com base em eventuais convenções ou tratados desrespeitados. Mas não haveria sanção jurídica no plano constitucional propriamente dito.

Daí se pode perceber que a natureza desses limites materiais ao poder constituinte está intimamente ligada aos efeitos ou às consequências advindas de sua violação, que se caracterizam como sanções políticas externas ao Estado em questão e pela inexistência de sanções jurídicas a nível do Direito Constitucional.

5.4. Análise dos parâmetros admitidos como limites ao poder constituinte

Importa examinar os parâmetros admitidos como limites ao poder constituinte, na esteira da classificação apresentada acima, que os diferencia em transcendentais, imanentes e heterônomos.

5.4.1. Limites imanentes

Inicialmente, em relação aos limites imanentes, é importante lembrar que Jorge Miranda caracteriza-os na relação de necessária atinência entre o poder constituinte formal e o poder constituinte material, bem como no respeito à identidade constitucional do Estado. Por outro lado, Carlos Blanco de Moraes mostra que a história tem exemplos de Estados em que novas Constituições teriam transformado a respectiva identidade constitucional. Sobre a necessária atinência entre o poder constituinte formal e material, sustenta que se trata de uma realidade relativa, na medida em que, a partir da Assembleia Constituinte, se pode gerar um novo poder constituinte material, em ruptura com o anterior, geralmente revolucionário, porém coerente com o produto normativo do poder constituinte formal⁴⁶⁶.

Os limites imanentes, em essência, estabelecem que o poder constituinte formal deve ser exercido em coerência com a ideia de Direito que deu origem ao poder constituinte material.

Nada obstante, é perfeitamente possível, conforme observado por Carlos Blanco de Moraes, que o próprio poder constituinte material se reinvente ou seja substituído por outro poder constituinte material no decorrer do processo constituinte, que pode ser lento. Ou seja, é possível surgir uma outra ideia de Direito ou se alterar substancialmente a ideia de Direito que deu origem à revolução ou à transição, sem que isso comprometa a legitimidade da Constituição formal a ser elaborada, até porque a legitimidade de uma Constituição depende é de sua aceitação pela comunidade política.

⁴⁶⁶ MIRANDA, op. cit., 2013b, p. 144-145; MORAIS, op. cit., 2018, p. 210-211.

A despeito disso, vale registrar o que ocorreu durante o processo constituinte da África do Sul. Adotou-se, em 1994, uma Constituição interina em que se previu que o texto constitucional aprovado pela Assembleia Constituinte deveria ser submetido ao Tribunal Constitucional para que fosse certificada a compatibilidade do texto com princípios constitucionais acordados no processo de transição. Em 1996, o Tribunal Constitucional negou a certificação e alguns dispositivos tiveram de ser reescritos pela Assembleia Constituinte⁴⁶⁷.

Trata-se de uma situação em que se poderia cogitar de uma Assembleia Constituinte não verdadeiramente soberana, pois, se assim o fosse, ao menos em termos teóricos, não se poderia subordinar ao Tribunal Constitucional, na qualidade de poder constituído e carente de legitimidade democrática. Ou, para outros, de verdadeira sanção jurídica à violação a limites imanentes.

A questão dos limites imanentes não apresenta relação direta com os fenômenos que vêm rearticulando o constitucionalismo contemporâneo. Os limites imanentes derivam da ideia de Direito representada pelo poder constituinte material, o que se trata de uma realidade social e política interna, ainda que o poder constituinte material possa ser influenciado por questões externas. Da mesma forma, a identidade constitucional refere-se a uma questão histórica interna do Estado em questão. Assim, a influência da globalização seria apenas remota ou indireta.

5.4.2. Limites transcendententes e limites heterônomos

De acordo com Jorge Miranda⁴⁶⁸, os limites transcendententes derivam de “imperativos de direito natural, de valores éticos superiores, de uma consciência jurídica coletiva”, notadamente os direitos fundamentais relacionados com a dignidade da pessoa humana. Segundo ele, não se trata de um problema de validade, mas de legitimidade⁴⁶⁹. Carlos Blanco de Moraes⁴⁷⁰ afirma que tais parâmetros, seja de direito natural ou de valores éticos superiores, não se caracterizam como limites jurídicos, mas éticos ou políticos, na medida em que não há sanção jurídica de invalidade no caso de violação. Além disso, sustenta que a falta de definição objetiva dos bens jurídicos que os compõem

⁴⁶⁷ BARROSO, op. cit., 2018, p. 85.

⁴⁶⁸ MIRANDA, op. cit., 2013b, p. 142-143.

⁴⁶⁹ Rui Medeiros alinha-se à possibilidade de as normas constitucionais originárias serem ilegítimas, não por desobediência a uma ordem suprapositiva, mas por violação dos direitos humanos imperativos reconhecidos no plano internacional ou por inobservância de princípios que resultam da Constituição material. MEDEIROS, op. cit., 2015, p. 199-203.

⁴⁷⁰ MORAIS, op. cit., 2018, p. 207-210.

proporciona leituras subjetivistas ou pré-compreensões subjetivas de caráter filosófico e político.

Os limites heterônomos são “provenientes da conjugação com outros ordenamentos jurídicos”. Seriam limites provenientes do Direito Internacional, dos quais resultariam obrigações a todos os Estados (princípios de *jus cogens*) ou a determinado Estado em específico (em virtude de deveres assumidos perante outros Estados ou a comunidade internacional)⁴⁷¹.

A questão dos limites transcendentais e heterônomo coloca-se como central neste estudo por duas razões. Em primeiro lugar, o surgimento e a consolidação de uma ordem global reduz a liberdade de conformação de um poder constituinte que pretende estabelecer um Estado integrado internacionalmente. A comunidade internacional possui valores próprios, marcadamente ligados aos direitos fundamentais relacionados com a dignidade da pessoa humana e com princípios basilares do Estado de Direito e da democracia. Um Estado (re)fundado que não respeite tais valores, sob o argumento da soberania do poder constituinte, acaba por se afastar de tal fenômeno⁴⁷².

Em segundo lugar, a vertente econômica do fenômeno da globalização também reduz o poder de conformação de um poder constituinte que pretende estabelecer um Estado inserido economicamente a nível global, que pretenda incentivar trocas comerciais e o ingresso de capitais externos. Um Estado que não respeite as leis de mercado, que não promova segurança jurídica suficiente para atrair investimentos, acaba por se prejudicar nesse processo.

Conforme observado anteriormente, esses limites não são jurídicos e não há consequências práticas em termos jurídicos para Estados que optem por desrespeitá-los na elaboração de uma nova Constituição. São limites de outra natureza, seja ela política, ética, filosófica ou econômica.

Ademais, os questionamentos a respeito da legitimidade de uma Constituição que não respeite algum desses valores devem ser feitos de forma cuidadosa, pois é perfeitamente possível que um dado poder constituinte, que representa a vontade de seu

⁴⁷¹ MIRANDA, op. cit., 2013b, p. 145.

⁴⁷² Carlos Blanco de Moraes, crítico das teorias do constitucionalismo global, ao resumir os fundamentos teóricos dos que advogam a favor dessa teoria, aponta que, para essa sensibilidade, “os direitos fundamentais deveriam ser considerados superiores à própria autoridade soberana, vinculando o processo constituinte”. MORAIS, op. cit., 2018, p. 363.

povo, elabore uma Constituição que de algum modo represente valores contrários, desde que a comunidade reconheça a autoridade moral de sua Constituição ao longo do tempo.

É óbvio que o reconhecimento da legitimidade constitucional por parte da comunidade internacional é importante no contexto de relações internacionais do Estado. Por isso é que uma questão de difícil solução seria delimitar quais desses valores poderiam ser ignorados sem que uma nova Constituição fosse considerada ilegítima perante a comunidade internacional, embora fosse legitimada por seu povo. Em termos mais claros, seria uma espécie de hierarquização desses valores, tornando claros aqueles que seriam condição essencial para uma nova Constituição.

Outra questão que se coloca, a nível filosófico, seria examinar em que medida seria legítimo à cultura ocidental impor seus valores a outras culturas, em uma espécie de homogeneização ética e moral ocidental, ou seja, a imposição de um cosmopolitismo ético ocidental a culturas diferentes, com valores próprios, como uma forma de homogeneizar as relações sociais a nível mundial⁴⁷³.

Importa registrar que a não observância desses valores universais nas Constituições, bem como seu desrespeito, na prática, causa efeitos negativos nos Estados em questão de forma circunstancial, a depender de diversos fatores, entre eles, os principais, a importância econômica, estratégica, política ou bélica.

Para citar dois exemplos, as Constituições dos países que adotam a sharia islâmica e o islã como religião oficial costumam ignorar ou reduzir liberdade religiosa, igualdade de gênero e proteção de minoriais, entre elas homossexuais e grupo religiosos minoritários. Alguns desses países são importantes geopoliticamente por conta das reservas de petróleo e por questões políticas, sendo um caso emblemático a Arábia Saudita. Membro fundador da Organização das Nações Unidas, em 1945, e aliado estratégico dos Estados Unidos, a Arábia Saudita sofre efeitos menores pelo fato de não se adequar aos padrões de respeito aos direitos humanos preconizados e respeitados na

⁴⁷³ Esse conflito entre universalismo e multiculturalismo é reconhecido no âmbito internacional. A título ilustrativo, registre-se que os artigos 8º e 9º da Convenção nº 169 da OIT, que dispõe sobre povos indígenas e tribais, estabelecem o direito desses grupos de conservar seus costumes e instituições próprias, desde que eles não sejam incompatíveis com os direitos fundamentais definidos pelo sistema jurídico nacional nem com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos. No mesmo sentido, fixam que devem ser respeitados os métodos pelos quais esses povos recorrem tradicionalmente para a repressão dos delitos cometidos pelos seus membros. Cfr. ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Convention concerning Indigenous and Tribal Peoples in Independent Countries*. Disponível em: <https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C169>. Acesso em: 15 jun. 2019.

cultura ocidental. Ao contrário, o Irã, cuja Constituição é mais flexível com religiões minoritárias e busca promover a igualdade de gênero, ao menos formalmente, suporta consequências mais graves em razão das sanções econômicas promovidas, principalmente, nas últimas décadas, pelos Estados Unidos⁴⁷⁴.

Em que pese não haver respostas a essas questões e não se ter a pretensão de respondê-las neste trabalho, resta evidente que, cada vez mais, o exercício do poder constituinte encontra-se limitado e condicionado por fatores externos, ainda que tais limites e condições não sejam jurídicos.

5.5. A globalização econômica e o poder constituinte

A inobservância de princípios caros à livre circulação do capital transnacional e ao comércio internacional, característicos da globalização econômica, por um dado poder constituinte, pode acarretar consequências econômicas ou políticas desastrosas para o novo Estado.

Em geral, a violação das regras de livre circulação do capital tem como consequência a mudança de estratégia de conglomerados empresariais privados, que acaba por gerar efeitos econômicos e sociais negativos no Estado em questão.

Com efeito, em Estados economicamente abertos ao comércio internacional, parâmetros macroeconômicos podem ser consideravelmente afetados pela fuga de capital estrangeiro e pela deterioração da balança comercial, principalmente quando o Estado em questão depende de importações de bens ou serviços para suprir sua demanda interna e de exportações para financiar suas atividades.

As decisões econômicas e financeiras dos agentes privados são tomadas com base em expectativas e a indicação de desalinhamento de um novo Estado em processo de auto ordenação constitucional com os princípios neoliberais e de livre circulação de capital pode conduzir à fuga de recursos. Tal efeito, por sua vez, pode gerar consequências econômicas como depreciação cambial, inflação e instabilidade econômica de toda a ordem, o que, em última análise, acaba por gerar instabilidade política.

No mesmo sentido, tais indicações de desalinhamento neoliberal podem levar à fuga de sedes ou filiais de empresas transnacionais do Estado em questão, o que pode gerar, de imediato, aumento no índice de desemprego⁴⁷⁵.

⁴⁷⁴ As referidas Constituições podem ser consultadas em <https://www.constituteproject.org/>.

⁴⁷⁵ Cite-se, como exemplo, o caso do Brexit. Não se trata de desalinhamento aos princípios neoliberais, mas de afastamento de um bloco econômico, porém o efeito é semelhante. Estimativas indicam que, apenas no mercado financeiro, mais de 1 trilhão de dólares americanos

Além disso, devem ser consideradas as sanções econômicas internacionais que costumam ser aplicadas por Estados individualmente, como os Estados Unidos da América, por organizações internacionais, como a Organização das Nações Unidas, ou por blocos econômicos e políticos, como a União Europeia.

As sanções econômicas caracterizam-se como instrumentos econômicos de diplomacia que são impostos com o objetivo de provocar danos econômicos a um ou mais Estados. Elas podem, em geral, ter como objeto a restrição de importações, de exportações ou de transações financeiras perante o Estado destinatário⁴⁷⁶.

Como exemplo, é possível citar as sanções direcionadas pelos Estados Unidos da América a Cuba, a partir do final da década de 1950, e ao Irã, a partir de 1979⁴⁷⁷. Da mesma forma, as sanções aprovadas pelo Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas perante a Coreia do Norte ou as sanções impostas pela União Europeia à Rússia, mais brandas em razão da dependência da importação do gás russo⁴⁷⁸.

Assim, por mais revolucionário e soberano que seja o exercício do poder constituinte, há que se levar em consideração esses condicionamentos político-econômicos, que não se revestem de caráter jurídico em termos constitucionais, mas que têm o poder de efetivamente limitar seu exercício.

E, também, é importante perceber como a liberdade de conformação do poder constituinte, em termos práticos, vem sendo cada vez mais limitada desde o advento do constitucionalismo moderno, com notável destaque a partir da Segunda Guerra Mundial

migrarão do Reino Unido para a União Europeia, bem como 7.000 postos de trabalho. Cfr. CNN. *\$1.3 trillion and 7,000 finance jobs are leaving Britain because of Brexit*. Disponível em: <<https://edition.cnn.com/2019/03/20/business/brexit-economy-bank-assets/index.html>>. Acesso em: 30 abr. 2019.

⁴⁷⁶ CARUSO, Raul. The impact of international economic sanctions on trade: an empirical analysis. In: *Peace Economics, Peace Science and Public Policy*, v. 9, n. 2, abr. 2003.

⁴⁷⁷ O efeito dessas sanções pode ser devastador do ponto de vista da economia de Estados já fragilizados por instabilidades políticas e econômicas. Como exemplo, pode-se citar que, recentemente, os Estados Unidos da América impuseram sanções ao Irã e à Venezuela, que limitavam a importação/exportação de Petróleo de/para os países. Tais sanções não se limitam ao comércio entre os dois países, mas previam punições a agentes privados que desrespeitassem os termos propostos, assim como se costuma temer a imposição de sanções a Estados que desrespeitem as determinações norte-americanas. Trata-se de uma espécie de medida tomada unilateralmente, ao arrepio das regras de Direito Internacional. Aqui não se trata, contudo, de sanções em face de violação, pelo poder constituinte, de limites materiais. Mas o exemplo serve para ilustrar quão poderosos podem ser os efeitos dessa pressão política.

⁴⁷⁸ MARRECO, Juliana. Sanções econômicas internacionais: conceitos, aplicabilidade e extensão global. In: *Revista Electrónica de Direito*, v. 16, n. 2, jun. 2018. Disponível em: <<https://www.cije.up.pt/content/sanções-econômicas-internacionais-conceitos-aplicabilidade-e-extensão-global>>. Acesso em: 5 mai. 2019.

e do reforço da integração dos Estados e da internacionalização de parâmetros éticos ocidentais.

Também vale, neste caso, a observação feita anteriormente. A reação do mercado e dos agentes privados em desfavor de Estados que desrespeitem suas regras varia de acordo com a importância do Estado violador, de modo que, por hipótese, violações eventualmente promovidas pela China acabam por ser mais toleradas do que violações eventualmente praticadas pela Coreia do Norte.

5.6. Posição adotada

Expostos o referencial teórico da teoria do poder constituinte e as influências que os fenômenos estudados exercem sobre a soberania constituinte, passa-se a discorrer sobre a posição adotada, sem que se tenha a pretensão de responder às questões filosófico-constitucionais anteriormente postas.

Verifica-se que existem, em síntese, duas correntes de pensamento antagônicas no que se refere à existência de valores externos ou universais a serem observados pelo poder constituinte.

Uma delas, chamada de suprapositivista, envolve diversas subdivisões, como as correntes jusnaturalistas, o moralismo reflexivo e o constitucionalismo cosmopolita. Em comum, advogam a existência de princípios ou valores suprapositivos externos e universais que devem ser respeitados pelo poder constituinte na elaboração de uma Constituição para que se possa considerá-la legítima. Algumas sensibilidades chegam a apontar um problema de validade jurídica na violação desses valores pelo poder constituinte.

São dois os principais problemas dessa linha doutrinária, que busca, em última análise, proteger os direitos humanos reconhecidos historicamente de eventuais regimes totalitários ou autoritários com roupagem democrático-constitucional: em primeiro lugar, não se logrou definir com certa precisão e objetividade quais valores suprapositivos seriam esses, o que poderia dar ensejo a subjetivismos morais e decisionismos judiciais, em prejuízo da decisão política fundamental tomada pelo poder constituinte⁴⁷⁹; em segundo lugar, não se conseguiu adaptar a dogmática jurídica para que

⁴⁷⁹ É forçoso reconhecer que a existência de diversos catálogos de direitos fundamentais mitiga esse problema, a exemplo da DUDH, de alcance amplo, da CDFUE e da CEDH, esses últimos de alcance mais restrito. Este fato mitiga a subjetividade que se pode imputar a essas teorias, na medida em que esses catálogos, ao menos nas partes comuns, poderiam representar um *standard mínimo* de proteção de direitos.

se estabeleça uma consequência jurídica para os casos de violação desses valores, tendo em conta a soberania que ainda existe em favor dos Estados.

Uma outra corrente de pensamento defende a inexistência de limites jurídicos suprapositivos ao poder constituinte, reconhecendo apenas a existência de limites de outras naturezas, sejam políticos ou éticos. Eventual positivação de valores na Constituição seria opção política do poder constituinte. Assim, um Tribunal Constitucional não poderia invalidar normas constitucionais originárias.

O principal problema dessa corrente é que não responde, no âmbito jurídico, de que forma se poderia evitar a emergência de regimes totalitários ou autoritários que desrespeitassem normativamente o núcleo dos direitos humanos.

Entre essas posições antagônicas, nenhuma delas supre, isoladamente, a necessidade de proteger esses valores reconhecidos historicamente na sociedade ocidental e, ao mesmo tempo, de preservar a coerência científica da Teoria da Constituição.

Isto posto, sustenta-se, neste trabalho, a opção pela segunda corrente, ou seja, por uma aceção positiva de Constituição, que defende a inexistência de limites jurídicos ao poder constituinte. Embora a primeira corrente tenha se mostrado importante na segunda metade do século passado, a segunda mostra-se mais adequada ao contexto histórico atual. É o que se procurará demonstrar adiante.

O exercício de abstração que se fará consiste em supor a edição de uma nova Constituição em que seja desrespeitada uma garantia fundamental consolidada historicamente. A título de exemplo, suponha-se uma Constituição que expressamente proíba a prática da tortura, mas que excepcione a regra em situações específicas, como em casos de terrorismo ou de *ticking time bombs*⁴⁸⁰.

Ademais, essa hipotética Constituição vedaria expressamente a declaração de inconstitucionalidade de normas constitucionais originárias, situaria convenções e tratados internacionais em nível hierárquico infraconstitucional e vedaria expressamente a utilização de catálogos de direitos externos como parâmetro suprapositivo de constitucionalidade.

⁴⁸⁰ O debate de filosofia política sobre a prática da tortura divide opiniões entre aqueles alinhados ao imperativo categórico da doutrina moral kantiana, que defende o valor intrínseco da pessoa associado à dignidade da pessoa humana, e aqueles alinhados às correntes utilitárias. Para um trabalho sobre o tema, não exclusivo sobre a tortura, remete-se o leitor para SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

Em síntese, a hipotética Constituição confere um caráter não absoluto à garantia fundamental da proibição da prática de tortura e veda a declaração de inconstitucionalidade de normas constitucionais originárias⁴⁸¹.

Uma vez que a proibição da tortura consta expressamente dos mais importantes pactos sobre direitos humanos⁴⁸², não resta dúvidas de que essa Constituição desrespeita valores suprapositivos universais, inclusive expressos em tratados e convenções internacionais, estando em desacordo com o Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Cabe esclarecer que, neste exemplo, não se trata de defender um juízo de valor ou moral sobre o caráter absoluto ou relativo da proibição à tortura. Em vez disso, cuida-se de afirmar a incompatibilidade da hipotética Constituição com valores suprapositivos e examinar as consequências jurídicas deste dado.

Em teoria e em termos prescritivos, no âmbito da posição adotada por uma aceção positiva de Constituição, não seria permitido ao Tribunal Constitucional invalidar juridicamente essa hipotética disposição. Eventual alteração dependeria do atingimento de uma maioria no Parlamento para alterar o texto constitucional.

A outra hipótese, com a qual não concordamos, seria admitir que o Tribunal Constitucional pudesse declarar inválida a norma constitucional originária tendo como parâmetro direitos consagrados em catálogos externos. Isto significaria reconhecer a existência de limites jurídicos ao poder constituinte originário, subverter a hierarquia jurídica superior da Constituição a nível interno, bem como dotar o Tribunal Constitucional de um poder superior ao próprio poder constituinte.

A nível externo, outros Estados ou organizações internacionais não disporiam de meios para invalidar a norma jurídica originária interna do Estado hipotético. A solução passaria por pressões políticas, diplomáticas ou econômicas no sentido de se alterar o texto constitucional ou de, pelo menos, evitar que a prática fosse efetivamente adotada.

⁴⁸¹ Para um ensaio sobre o caráter absoluto ou relativo da proibição à tortura no Direito Internacional, em que o autor aponta Estados que não a vedam expressamente de forma absoluta, como Canadá, Nova Zelândia e África do Sul, cfr. GREER, Steven. Is the prohibition against torture, cruel, inhuman and degrading treatment really absolute in International Human Rights Law? *Human Rights Law Review*, v. 15, n. 1, p. 101-137, mar. 2015.

⁴⁸² Como exemplos, cabe citar o art. V da DUDH, o art. 4º da CDFUE, o art. 3º da CEDH, o art. 5º da CADH, além de diversos outros pactos de direito internacional, como a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos Cruéis, Desumanos e Degradantes (1984).

É provável que essa hipotética Constituição e o Estado em questão sofressem questionamentos a nível de legitimidade por parte da comunidade internacional, ainda que sua legitimidade fosse reconhecida internamente. Porém, caso essa disposição constitucional perdurasse ao longo do tempo e o Estado hipotético em questão possuísse relevância geopolítica, dificilmente se deixaria de considerar a existência de um ordenamento jurídico calcado em uma Constituição.

Saindo da questão prescritiva e entrando na parte prática, seria improvável que um Tribunal Constitucional, ao menos em um primeiro momento, invalidasse a norma em exame, seja em razão da clareza das disposições que não conferem tal poder, ou porque os regimes políticos constituintes costumam prevalecer nas composições iniciais desses tribunais.

Ainda assim, admitamos ser possível, no mundo dos fatos, que a norma constitucionalmente positivada viesse a ser declarada inválida pelo Tribunal Constitucional com fundamento em um valor jurídico suprapositivo não positivado na Constituição. No caso, seria uma declaração de inconstitucionalidade claramente contrária ao texto constitucional.

A exequibilidade e o respeito à decisão, no âmbito interno do Estado soberano, dependeriam muito mais de circunstâncias políticas do que jurídicas, de uma disputa de poder entre os grupos políticos contrapostos. Não é de se olvidar que o cumprimento ou a eficácia de decisões judiciais não ocorrem automaticamente, pois muitas vezes dependem da prática de atos comissivos ou omissivos dos poderes, como asseveram as teorias empíricas sobre diálogos constitucionais⁴⁸³.

Assim, a eficácia de eventual declaração de inconstitucionalidade dependeria da vontade política dominante, bem como de sua consolidação em termos de prática constitucional ao longo do tempo. Nesta hipótese, adotar-se-ia, no Estado hipotético, uma prática constitucional que permitisse a declaração de invalidade de normas constitucionais originárias.

No âmbito externo, considera-se provável que a comunidade internacional reagisse, seja por meio de organismos internacionais ou por meio de Estados

⁴⁸³ Para uma análise inicial sobre o problema da não implementação das decisões judiciais, bem como das teorias empíricas ou normativas sobre diálogos constitucionais, cfr. BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais*: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição? 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, em especial a parte que trata da não implementação de decisões judiciais.

isoladamente, por intermédio de sanções políticas, econômicas ou diplomáticas. Não se vislumbra como possível qualquer sanção jurídica ao Estado na ótica do Direito Constitucional, mas apenas no âmbito do Direito Internacional⁴⁸⁴.

Nesse cenário hipotético, a solução para o problema (proteger os direitos humanos consagrados historicamente) dependeria muito mais da política do que do direito. O mesmo aconteceria no caso de se questionar a legitimidade da norma, ou seja, a reação seria política e não jurídica.

Daí porque se considera mais adequado sustentar uma acepção positiva de Constituição, pois não se distorce a coerência científica da Teoria da Constituição, sem prejuízo de se reconhecer a existência de valores histórico-culturais cujo respeito deva ser cultivado pelo poder constituinte. Contudo, eventual inobservância deve ser retaliada no campo da política.

Também se faz premente diferenciar o contexto histórico da primeira metade do século passado, em que crimes contra a humanidade foram praticados sob a indiferença de um positivismo jurídico vazio axiologicamente, do contexto histórico atual, em que os direitos humanos estão adequadamente consolidados e sobrepostos em cartas de direitos e tratados internacionais firmados pela maioria dos Estados.

No estágio atual de mobilização da comunidade internacional em favor dos direitos humanos e de desenvolvimento das comunicações a nível global, ainda que se observe um crescente populismo e até certo autoritarismo nos últimos anos, espera-se que atrocidades semelhantes às cometidas naquela época contêm com uma reação mais tempestiva e proporcional da comunidade internacional.

5.7. O caso da Constituição húngara de 2011

Um exemplo dessa tensão entre soberania do poder constituinte e a existência de valores éticos superiores pode ser ilustrado com a Constituição húngara, que, segundo críticas, não teria respeitado valores basilares da democracia e do Estado de Direito.

⁴⁸⁴ Recorre-se ao exemplo dado por Carlos Blanco de Moraes. Segundo o professor português, não há que se cogitar de inconstitucionalidade de normas constitucionais da Constituição dos Estados Unidos da América por elas admitirem, nos estados federados, a pena de morte. Cfr. MORAIS, op. cit., 2018, p. 209-210.

Em acréscimo, é importante recordar que, no contexto europeu, tanto a CDFUE quanto a CEDH vedam, em qualquer hipótese, a aplicação da pena de morte. Nesse contexto, Estados europeus, Conselho da Europa e União Europeia não deixam de considerar os Estados Unidos da América como um legítimo Estado de Direito democrático.

A Constituição da Hungria de 2011, que entrou em vigor em 1º de janeiro de 2012, teria criado pressupostos para uma redução da competitividade eleitoral, do pluralismo político, do sistema de garantia dos direitos fundamentais, da solidez do Estado de Direito e dos direitos de minorias húngaras. Nada obstante, o poder constituinte mostrou-se ilimitado juridicamente para elaborar tal Constituição, a despeito das pressões políticas da comunidade internacional e da União Europeia^{485/486}.

É importante destacar que, na época da elaboração da nova Constituição, a Hungria já fazia parte da União Europeia e do Conselho Europeu.

De forma mais detalhada, a Constituição húngara, em seu texto originário, foi considerada fruto de um processo incomumente célere em que teria havido falta de transparência, limitação do diálogo e do debate entre a maioria e a oposição. Além disso, diversas críticas foram feitas ao texto constitucional, como questões culturais, religiosas e morais que teriam sido blindadas das maiorias simples por demandarem maiorias reforçadas para sua alteração, como a limitação dos poderes do Tribunal Constitucional, a insatisfatória proteção constitucional aos direitos fundamentais e a relevância interpretativa do preâmbulo, que contém disposições potencialmente controversas⁴⁸⁷.

O texto constitucional, desde então, foi emendado oito vezes⁴⁸⁸, afastando-se cada vez mais dos parâmetros de respeito aos direitos fundamentais vigentes no âmbito da União Europeia, da Comissão Europeia e da comunidade internacional⁴⁸⁹.

⁴⁸⁵ Cfr. MORAIS, op. cit., 2018, p. 221.

⁴⁸⁶ Para um panorama sobre a Constituição húngara, em forma de artigos, cfr. BOGDANDY, Armin von; SONNEVEND, Pal (Org.). *Constitutional crisis in the European constitutional area: theory, law and politics in Hungary and Romania*. Oxford: Hart, 2015.

⁴⁸⁷ Tais conclusões constam da Opinião nº 621/2011, de 20 de junho de 2011, da Comissão de Veneza, a respeito da nova Constituição da Hungria. Cfr. COMISSÃO DE VENEZA. *Opinion n. 621/2011: Opinion on the new Constitution of Hungary*. Disponível em: <<https://www.venice.coe.int/webforms/events/?id=1326>>. Acesso em: 29 abr. 2019.

⁴⁸⁸ Considerando as alterações havidas até 2019.

⁴⁸⁹ Alguns constitucionalistas portugueses costumam apontar traços antidemocráticos na Constituição húngara. Miguel Nogueira de Brito refere-se à (re)emergência de um constitucionalismo autoritário como fenômeno observável na Ciência Política e que deveria ser considerado pelo constitucionalismo. BRITO, op. cit., 2017, p. 53. Carlos Blanco de Moraes mostra que o próprio regime húngaro se autointitulou uma “democracia iliberal”. Embora reconhecendo algumas características negativas do regime húngaro, o professor português anota que, tirando interferências excessivas no Judiciário e no poder do Tribunal Constitucional, “as afetações de direitos e garantias revelam uma média-baixa intensidade e têm lugar noutros Estados europeus”. MORAIS, op. cit., 2017, p. 172-175.

Cumpra destacar duas emendas emblemáticas do caráter autoritário que tem pautado a Constituição húngara, cujo grupo político dominante, o Fidesz, segue no poder desde 2010, quando iniciou o processo constituinte.

Em março de 2013 foi editada a quarta emenda à Constituição em tela. Na ocasião, o Parlamento promoveu o *overruling* de decisões da Corte Constitucional que haviam invalidado leis inconstitucionais, ou seja, incluiu na Constituição normas então infraconstitucionais que haviam sido anteriormente invalidadas pela Justiça Constitucional, bem como anulou decisões da Corte tomadas antes da vigência da nova Constituição⁴⁹⁰.

Em um dos casos, a Corte Constitucional invalidou, em fevereiro de 2013, partes de uma lei que dava ao Parlamento o poder de reconhecer legalmente a uma organização religiosa a qualidade de igreja, a fim de obter benefícios fiscais. A própria lei reconheceu quatorze igrejas e criou uma obrigação para que os demais grupos religiosos se registrassem novamente ou continuassem a funcionar sem os benefícios. Em resposta à invalidação da lei, a quarta emenda constitucional, em abril de 2013, incluiu as referidas regras no texto constitucional, a despeito de a Corte Constitucional haver declarado, na altura em que invalidou a lei, que o registro de igrejas perante o Parlamento não proporcionava um procedimento justo aos requerentes⁴⁹¹.

Em outubro de 2016, o governo húngaro iniciou campanha contra a política migratória da União Europeia. Promoveu um referendo em que consultava os cidadãos sobre se se deveria permitir que a União Europeia determinasse a política de realocação de cidadãos estrangeiros sem a aprovação da Assembleia Nacional húngara. O resultado foi de 98% dos votos válidos com uma resposta negativa. Porém, a participação foi de apenas 40% do eleitorado e o referendo foi considerado inválido, de acordo com as regras vigentes. Na sequência, o Primeiro-Ministro tentou aprovar uma emenda constitucional que tornaria a defesa da identidade constitucional húngara um dever do Estado, hipótese em que poderia ser excepcionada a aplicação do Direito Europeu. A tentativa também foi malsucedida e a emenda não foi aprovada⁴⁹².

⁴⁹⁰ HALMAI, Gábor. *Ilberal Constitutionalism? The Hungarian Constitution in a European Perspective*. In: KADELBACH, Stefan (Org.). *Verfassungskrisen in der EU*. Baden-Baden: Nomos, 2018, p. 88-89.

⁴⁹¹ Id. *Religion and Constitutionalism*. In: *MTA Law Working Papers*, mai. 2015. Disponível em: <http://jog.tk.mta.hu/uploads/files/mtalwp/2015_05_%20Halmai.pdf>. Acesso em: 6 mai. 2019.

⁴⁹² Id. *The application of European constitutional values in EU member states*. In: *European Journal of Law Reform*, 2018, issue 2-3, p. 19-26. Disponível em:

Em 2018, finalmente, o Parlamento acabou aprovando a sétima emenda à Constituição, bem como leis infraconstitucionais criminalizando quem tentasse ajudar imigrantes ou requerentes de asilo, criminalizando pessoas sem-teto ou desabrigadas e impedindo o assentamento de estrangeiros^{493/494}.

Essa alegada situação de desrespeito aos direitos fundamentais consagrados na União Europeia e no Conselho da Europa, tanto normativa quanto faticamente, tem levado as organizações a pressionarem o governo húngaro. Com efeito, em setembro de 2018, o Parlamento Europeu aprovou uma consulta aos Estados-Membros para que seja decidido, de acordo com o art. 7º do Tratado da União Europeia, se a Hungria está sob risco manifesto de violação grave aos valores previstos no art. 2º do Tratado. Entre as consequências, estão a suspensão ao direito de voto no Conselho^{495/496}.

A despeito das pressões, a Constituição permanece em vigor e o grupo político dominante desde sua promulgação permanece se afastando do respeito aos direitos fundamentais, porém na tentativa de parecerem comedidos e atentos às pressões internacionais. Prova disso é que a Hungria permanece, ao menos em tese, mantendo aberto o canal de diálogo com diversas comissões da União Europeia e do Conselho Europeu em busca de legitimar sua ordem jurídica ou, ao contrário, aproximar-se dos padrões europeus de respeito aos direitos fundamentais.

<https://www.elevenjournals.com/tijdschrift/ejlr/2018/2-3/EJLR_1387-2370_2018_020_002_002>. Acesso em: 6 mai. 2019.

⁴⁹³ HUMAN RIGHTS WATCH. *World Report 2019*, p. 230-233. Disponível em: <https://www.hrw.org/sites/default/files/world_report_download/hrw_world_report_2019.pdf>. Acesso em: 29 abr. 2019; COMISSÃO DE VENEZA. *Hungary: “Stop Soros” provision on illegal migration should be repealed*. Disponível em: <<https://www.venice.coe.int/webforms/events/?id=2596>>. Acesso em: 29 abr. 2019.

⁴⁹⁴ O texto atual da Constituição húngara, traduzido para o inglês, pode ser consultado no *site* da Corte Constitucional da Hungria. HUNGRIA. *Fundamental Law*. Disponível em: <<https://hunconcourt.hu/fundamental-law>>. Acesso em: 6 mai. 2019.

⁴⁹⁵ UNIÃO EUROPEIA. Parlamento Europeu. *Rule of law in Hungary*: Parliament calls on the EU to act. Disponível em: <<http://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20180906IPR12104/rule-of-law-in-hungary-parliament-calls-on-the-eu-to-act>>. Acesso em: 24 abr. 2019. No entanto, é improvável que sanções políticas do art. 7º sejam aplicadas, uma vez que requerem unanimidade e a Polônia também tem sido alvo de pressões por maior respeito aos direitos fundamentais. Assim, acredita-se que os dois países possam se unir contra eventuais sanções. Cfr. HUMAN RIGHTS WATCH. *World Report 2019*, loc. cit., p. 8.

⁴⁹⁶ Federico Fabbrini sugere que a Hungria, após as mudanças constitucionais recentes, talvez não esteja mais alinhada com os padrões gerais de proteção dos direitos humanos requeridos pelo Tratado da União Europeia e questiona sua permanência na União. FABBRINI, Federico. *Fundamental rights in Europe: challenges and transformations in comparative perspective*. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 256.

Explicado o contexto que cercou a elaboração e o desenvolvimento posterior da Constituição húngara, verifica-se que este caso concreto é bastante diferente do exemplo hipotético dado no tópico anterior.

No caso hipotético anterior, é possível afirmar que o texto constitucional viola uma garantia fundamental consagrada historicamente no constitucionalismo ocidental. A despeito disso, demonstrou-se que a saída para o problema deveria vir da política e que o Direito Constitucional não fornece uma solução satisfatória para o problema, com base na premissa adotada de que não existem limites jurídicos ao exercício do poder constituinte.

Por outro lado, o caso real da Hungria situa-se numa zona cinzenta em que não existe uma violação clara e direta a valores consagrados. Ao contrário, adotaram-se diversas providências que, apenas no conjunto, permitem caracterizar o regime político como violador de valores democráticos consolidados historicamente. Como bem aponta Luís Roberto Barroso⁴⁹⁷, a característica de democracias iliberais é que cada “tijolo, individualmente, é colocado sem violação direta ao Direito vigente”. Porém, o conjunto final “resulta em restrições a direitos e liberdades fundamentais, fragilização das instituições que exercem o controle do poder e em manipulação das ‘regras do jogo democrático’”.

Nesse sentido, verifica-se que determinadas características do processo constituinte e da Constituição material húngara permitem apontar traços iliberais em seu conjunto. Alega-se que a nova Constituição, tanto formal quanto materialmente, teria desrespeitado valores consagrados na cultura democrática europeia. Ademais, aponta-se que a prática constitucional e política do regime tem imposto restrições a direitos e liberdades fundamentais.

Por outro lado, a Hungria permanece ligada à União Europeia e ao Conselho Europeu, bem como juridicamente vinculada ao DUE em geral (à CDFUE em particular) e à CEDH.

O caso ilustra perfeitamente a tese sustentada no tópico anterior. As instituições políticas externas têm buscado pressionar o governo húngaro por maior respeito às regras democráticas, com destaque para o Conselho Europeu, por intermédio da Comissão de Veneza, bem como para a União Europeia e seus Estados-membros. Todavia, a pressão que se faz é política.

⁴⁹⁷ BARROSO, op. cit., 2019, p. 6.

No âmbito do direito, o que se poderá fazer, a título de exemplo, é aplicar as sanções previstas nos tratados constitutivos da UE, como se tem ventilado. Não se cogita, no entanto, nenhuma medida jurídica que seja hábil a comprometer a validade ou até a legitimidade da Constituição.

Há uma outra questão que deve ser abordada neste caso da Hungria. Percebe-se claramente uma tensão, de um lado, entre um universalismo ou cosmopolitismo ético ocidental e, de outro lado, um relativismo ou a soberania de um povo cujo poder constituinte deveria ter liberdade para introduzir valores diferentes em sua Constituição⁴⁹⁸.

O cosmopolitismo ético ocidental defende um distanciamento entre Estado e religião, que tem por objetivo, basicamente, preservar a liberdade de crença e de religião e, portanto, respeitar as religiões minoritárias. No mesmo sentido, sustenta o dever do Estado de prestar assistência a populações migrantes, principalmente quando a migração decorre de conflitos armados ou perseguições.

De forma contrária, poderia um povo, usando seu direito de autodeterminação e auto-organização, decidir criar um Estado com religião oficial, respeitando as não oficiais, e estabelecer que a política de assistência a migrantes dependeria das decisões de seu povo, mesmo que isso significasse a não assistência a migrantes? São exemplos ilustrativos dos valores contrários que a Hungria tenta legitimar.

Além disso, se a Constituição reflete um processo histórico e que costuma respeitar a identidade constitucional do Estado e se os Estados pertencentes ao antigo bloco comunista têm um passado recente mais ligado ao autoritarismo do que ao constitucionalismo democrático liberal⁴⁹⁹, seria legítimo impor a esse povo os valores europeus democráticos já consagrados historicamente? Ou, por outro lado, seria legítimo a esse povo manter certo viés autoritário e promover um trajeto progressivo ao constitucionalismo democrático?

Assim, reafirmando-se o que foi sustentado anteriormente, admite-se que existam limites políticos ao poder constituinte, mas a parcela de soberania que ainda resta aos Estados não permite nenhum mecanismo de coercibilidade jurídica na imposição

⁴⁹⁸ Para maiores detalhes sobre o debate entre o universalismo e o relativismo cultural, ver ALSTON, Philip; GOODMAN, Ryan; STEINER, Henry (Org.). *International Human Rights in Context: law, politics, morals*. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 517 e ss.

⁴⁹⁹ Para maiores detalhes sobre o constitucionalismo soviético e as novas Constituições da Rússia e dos países da Europa centro-oriental, ver MIRANDA, op. cit., 2014a, p. 205-219.

desses limites. Ademais, não há parâmetros racionais claros para distinguir, em determinado caso, se houve ou não violação desses limites, bem como não há um órgão ou organismo com essa competência.

A discussão acaba por extrapolar o jurídico, que não oferece soluções satisfatórias, e passa a ser discutida no âmbito político e diplomático, com os Estados europeus alinhados aos valores democráticos a tentar impor aos demais, à Hungria, no caso, seus valores.

Embora se considere que o constitucionalismo democrático liberal seja uma escolha mais adequada, é preciso ter moderação e respeitar valores diferentes em sociedades que tiveram um avanço histórico diferente. É preciso aceitar, inclusive, aquelas que se pretendam autodefinir como iliberais, a exemplo da Hungria.

6. CONCLUSÃO

Esta pesquisa analisou as influências que o fenômeno da globalização tem exercido na transformação do constitucionalismo. Em termos mais específicos, examinou em que medida as dimensões política e econômica da globalização motivaram as alterações constitucionais ao longo da história do constitucionalismo moderno, com destaque para as transformações ocorridas a partir da metade do Século XX.

Em essência, as referidas dimensões da globalização correspondem a fenômenos como o cosmopolitismo ético, que caracteriza o desenvolvimento de um sistema universal de direitos humanos, a regionalização, representada pela união de Estados em blocos plurinacionais, e a doutrina do neoliberalismo econômico.

Para entender essas influências exercidas pela globalização, foi necessário abordar, preliminarmente, a trajetória histórica do Estado e do constitucionalismo, bem como o referencial teórico acerca das alterações constitucionais. Em seguida, foi possível analisar criticamente a influência da globalização nas mutações informais, nas emendas constitucionais e, por fim, na elaboração de novas Constituições.

A respeito da trajetória histórica do Estado e do constitucionalismo, importa recordar que a transição do constitucionalismo liberal para o constitucionalismo social foi marcada pela edição de novas Constituições, muitas delas oriundas de movimentos de redemocratização, não gerando grandes questionamentos sobre a legitimidade da transição de um modelo a outro, justamente por se tratar, na dogmática jurídica, de uma manifestação do poder constituinte originário e juridicamente ilimitado.

Ao contrário, a crise do Estado Social e o surgimento de um paradigma pós-social, de cunho neoliberal, na esteira da redefinição dos centros de poder proveniente da globalização econômica, vem sendo realizada por meio de alterações constitucionais, por vezes expressas e por vezes implícitas. Assim vem acontecendo, para citar apenas dois exemplos, com as Constituições portuguesa e brasileira, originariamente associadas ao modelo do constitucionalismo dirigente.

Este novo paradigma pós-social de Estado e de constitucionalismo caracteriza-se, em resumo: pela erosão da soberania do poder político do Estado nacional, em benefício de novos centros de poder, principalmente por organismos internacionais, transnacionais ou supranacionais ou por agentes financeiros transnacionais; pelo emagrecimento do Estado; e pela consolidação de um sistema universal de direitos humanos.

No que se refere ao referencial teórico das alterações constitucionais, sustentou-se ser possível estabelecer, como limites às mutações informais, a semântica do texto constitucional e os limites materiais de revisão. Tais limites podem ser considerados como filtros sequenciais, no sentido de que uma determinada mutação deve ser analisada, inicialmente, em relação à semântica do texto e, em seguida, em relação aos limites materiais.

Em relação às alterações constitucionais expressas, adotou-se uma posição no sentido de fortalecer os poderes constituídos em detrimento do poder constituinte originário. Tal posição significa admitir a relativização dos limites materiais às alterações constitucionais, bem como interpretar restritivamente o conteúdo abstrato da identidade constitucional.

Esta conclusão baseia-se em uma premissa que reconhece a existência de limites materiais implícitos às alterações constitucionais. Ao se aceitar a existência desses limites, conseqüentemente se enfraquece o conteúdo dos limites materiais expressos, principalmente nos casos de ordens constitucionais que prevejam elencos numerosos de cláusulas pétreas.

Além disso, defendeu-se uma interpretação restritiva do conceito de identidade constitucional para abarcar apenas as principais características da ordem constitucional e a relativização dos limites materiais expressos que não se amoldem, numa perspectiva sistemática e teleológica, aos valores constantes da identidade constitucional interpretada restritivamente.

Superada essa fase inicial, procedeu-se à análise das influências da globalização nas alterações parciais, dividindo o exame pelo modo de alteração, ou seja, pelas mutações informais e pelas emendas constitucionais.

Em relação às mutações informais, as conclusões são distintas de acordo com o exercício das funções típicas do poder político.

As mutações informais promovidas pela Justiça Constitucional e motivadas por questões relacionadas à globalização concentram-se, em geral, no plano dos direitos fundamentais e do desenvolvimento de um sistema universal de direitos humanos.

Essas mutações informais nem sempre são corretas dos pontos de vista dogmático e democrático, ainda que coincidam, por vezes, com a concepção moral dominante na sociedade. Mutações informais que carregam inovação política, a depender da intensidade, à revelia da discussão parlamentar e com base em princípios jurídicos

indeterminados, podem levantar sérias questões de legitimidade democrática e acabar por enfraquecer a normatividade constitucional.

Nesse contexto, as mutações costumam ser implementadas, em geral, de duas formas distintas. A primeira delas ocorre pela alteração da interpretação constitucional fundamentada em argumentos obtidos pela articulação existente entre tribunais nacionais e tribunais internacionais. A segunda ocorre pela alteração da interpretação constitucional fundamentada em argumentos obtidos por meio do recurso a catálogos de direitos fundamentais além daqueles previstos nas Constituições nacionais.

Na hipótese de um âmbito de proteção previsto em um catálogo externo ser superior àquele previsto no catálogo interno, a ponderação que resolve essa colisão entre direitos fundamentais pode eventualmente significar a desconsideração de uma opção política já realizada pelo constituinte, na hipótese de ter conscientemente optado por empregar, na Constituição, uma proteção mais fraca a determinado direito.

A decisão do Supremo Tribunal Federal, no Brasil, que reconheceu a possibilidade de união estável entre pessoas do mesmo sexo pode ilustrar o problema citado acima. O STF decidiu com base na interpretação da Constituição brasileira, mas também na remissão a catálogos de direitos ou ordenamento jurídicos externos, a despeito de uma alegada contrariedade ao texto constitucional brasileiro. A mutação informal consagrada pela decisão do STF pode ter significado uma verdadeira sentença de revisão constitucional, à revelia do debate parlamentar e próxima de ter desrespeitado o próprio texto constitucional, sem prejuízo de se reconhecer, em termos morais, o necessário reconhecimento das uniões entre pessoas do mesmo sexo⁵⁰⁰.

A submissão de questões prejudiciais a tribunais supranacionais também põe em causa aspectos importantes e mostra como essa articulação não significa necessariamente uma maior tutela aos direitos fundamentais das pessoas. O Tribunal Constitucional Espanhol acabou por alterar a interpretação da Constituição espanhola sobre o direito a um julgamento justo na hipótese de pessoas condenadas à revelia. Na ocasião, após a submissão de uma questão prejudicial ao Tribunal de Justiça da União Europeia, o TCE proferiu uma decisão que, na prática, enfraqueceu a garantia constitucional a um direito fundamental, isso sob influência da interpretação conferida pelo TJUE ao Direito da União Europeia.

⁵⁰⁰ A decisão foi proferida no âmbito da ADPF n. 132, Ministro Ayres Britto, julgada em 5/5/2011, publicada em 14/10/2011, em conjunto com a ADI n. 4.277.

De outra forma, as mutações informais promovidas por meio do exercício da função legislativa podem ser comumente observadas no âmbito da dimensão econômica da globalização, no que se refere à edição de leis que reorientem o Estado no sentido de consagrar regras e princípios caros ao neoliberalismo econômico. Ocorre da mesma forma com a edição de leis que consagram valores alinhados ao sistema universal direitos humanos.

O fenômeno representa uma paulatina corrosão do sistema de democracia representativa, na medida em que o neoliberalismo representa um processo esvaziamento da democracia, pois pressupõe a prevalência do mercado sobre a política, ou seja, a imunização do capitalismo contra intervenções da democracia.

O caso do Programa Nacional de Desestatização no Brasil ilustra como a aprovação de seguidos atos normativos provocou uma alteração informal da realidade constitucional vigente, com a reorientação efetiva do papel do Estado enquanto agente explorador da atividade econômica.

A questão do casamento entre pessoas do mesmo sexo em Portugal mostra a influência de valores morais que foram se cristalizando na comunidade internacional como direitos humanos universais. O legislador infraconstitucional teve o mérito de captar a mudança e positivá-la. Teria agido melhor, todavia, se o tivesse feito por revisão constitucional, para evitar alegações de inconstitucionalidade.

As mutações informais promovidas por meio do exercício da função executiva demonstram que, na ausência de condições políticas para tentar alterar formalmente a Constituição ou mesmo a lei infraconstitucional, os agentes podem optar pelo caminho mais fácil de trazer novos contornos políticos à Constituição, à revelia do legislador. Essa condição pode se mostrar mais provável quando um grupo político dominante pertencente a um quadrante ideológico distinto daquele sedimentado constitucionalmente chega ao poder e não detém maioria suficiente no Parlamento para aprovar suas medidas legislativas. Nestes casos, torna-se mais relevante a atuação da Justiça Constitucional para preservar a normatividade constitucional.

Esta espécie de mutação informal da Constitucional apresenta contornos mais graves no sentido de pôr em causa a legitimidade dessas alterações sem que se recorra a alteração da legislação infraconstitucional ou da Constituição.

Em relação às emendas constitucionais, as influências que a globalização exerce estão relacionadas, mais comumente, com os processos de integração regional,

bem como a liberalização e desregulamentação dos mercados, que são característicos do neoliberalismo.

Sobre a integração regional, é importante observar as alterações constitucionais ocorridas em Portugal. No contexto português de integração europeia, considerou-se adequada a posição doutrinária majoritária no sentido de que as alterações constitucionais não representaram ruptura constitucional, a despeito da relativização das cláusulas pétreas.

O regime originário da Constituição portuguesa de transição para o socialismo mostrou-se logo incompatível com os anseios de Portugal no processo de regionalização. Meses após a entrada em vigor da CRP, o Governo português solicitou a adesão de Portugal às Comunidades Europeias. A primeira revisão, de 1982, veio com essa perspectiva de adesão portuguesa ao processo de integração europeia.

Após as sete revisões da CRP, transformou-se um projeto inicial de “transição para o socialismo” em um modelo de Estado Social europeu baseado no modo de produção capitalista. A despeito de posições críticas de parte da sociedade, a verdade é que, após essas alterações, o “sentimento de constituição” permanece vivo, não havendo muitas vozes a questionar qualquer suposta falta legitimidade da Constituição em face das revisões promovidas desde 1976.

Além disso, embora a Constituição econômica portuguesa tenha sido substancialmente realinhada, de um modelo normativamente orientado à construção de um socialismo democrático para um modelo de Estado Social europeu, entendeu-se que tal alteração não comprometeu a essência da identidade axiológica portuguesa, que permanece como uma Constituição que reflete um Estado de Direito democrático ativo na proteção dos direitos fundamentais, tanto a nível interno quanto a nível da cooperação regional e internacional que se consolidou. A despeito de se ter alterado o modelo econômico de propriedade e de produção, permanece a natureza prestacional de Estado Social.

Sobre as influências da doutrina neoliberal nas alterações constitucionais, a questão que se coloca é saber se é possível, por meio de emendas constitucionais, realinhar o paradigma prestacional de um Estado Social para um Estado Liberal ou neoliberal, tendo como parâmetros as cláusulas pétreas e a identidade constitucional.

O elemento nuclear que identifica o paradigma prestacional do Estado Social é o dever constitucionalmente imposto de promover os direitos sociais, com a finalidade de buscar um ideal de igualdade material e de garantir condições mínimas compatíveis

com a dignidade humana. Ou seja, as Constituições do Estado Social devem ter como uma de suas finalidades a busca pela igualdade material por meio da constitucionalização dos direitos sociais, pois é justamente esta característica que as define.

A despeito de ser uma posição que busca reforçar os poderes constituídos em detrimento do poder constituinte originário, entendeu-se que as emendas constitucionais devem respeitar o paradigma prestacional de Estado definido originariamente pela Constituição, ainda que esse paradigma não figure como cláusula pétrea expressa, pois ele integra o núcleo essencial da identidade constitucional e enforma o próprio tipo histórico de Estado fundado pela Constituição. O legislador constitucional é livre para alterar a Constituição dentro dessa moldura, tornado o Estado mais liberal ou mais social, desde que mantidas as características mínimas associadas a cada tipo histórico.

Nesse sentido, no âmbito de Constituições sociais cujas alterações formais vêm sendo motivadas por aspectos ligados à globalização econômica e ao neoliberalismo, ao legislador constituinte deve ser permitido introduzir princípios neoliberais, enfraquecer princípios de justiça social e até desconstitucionalizar direitos sociais em algum grau, desde que mantidas as obrigações constitucionais de respeito à dignidade humana e de busca pela igualdade material, bem como asseguradas as condições para que essas obrigações constitucionais sejam minimamente eficazes.

O exemplo das emendas constitucionais na Constituição brasileira é ilustrativo. Apesar de sucessivas emendas constitucionais geralmente restritivas do grau de socialidade, a Constituição brasileira ainda contém uma obrigação normativa finalística de redução das desigualdades sociais. No mesmo sentido, o Estado brasileiro ainda continua obrigado a garantir os direitos sociais previstos no art. 6º, tais como educação e saúde.

Este deve ser o parâmetro a ser examinado no futuro caso a ideologia neoliberal permaneça dominando a lógica da globalização econômica e caso as emendas constitucionais continuem a restringir sucessivamente a socialidade do Estado brasileiro. Por enquanto, os direitos sociais na Constituição ainda mantêm sua essência. Mas não se deve perder de vista que o neoliberalismo alheio à igualdade social ou o libertarianismo de Robert Nozick não se compatibilizam com a Constituição brasileira.

Embora o legislador constituinte possua, sob uma perspectiva democrática de autonomia geracional, certa liberdade de realinhar a Constituição social brasileira aos padrões neoliberais, é preciso não descuidar dos objetivos fundamentais constitucionalmente impostos de erradicar a pobreza e reduzir as desigualdades, que

enformam a identidade constitucional brasileira. É preciso, na essência, respeitar o equilíbrio delicado entre a ideia de Direito contida na identidade constitucional e o poder de alterar a Constituição, assim como buscar meios para a efetiva concretização das normas constitucionais.

Por fim, examinou-se a pressão que a globalização impõe na elaboração de novas Constituições. Embora se tenha reconhecido a existência de restrições de natureza extrajurídica, geralmente política, sustentou-se a inexistência de limites jurídicos ao poder constituinte.

Disso decorre que não seria permitido ao Tribunal Constitucional invalidar juridicamente uma hipotética disposição contrária a uma garantia fundamental consolidada historicamente ou a valores suprapositivos. Eventual alteração dependeria do atingimento de uma maioria no Parlamento para alterar o texto constitucional.

A nível externo, outros Estados ou organizações internacionais não disporiam de meios para invalidar a norma jurídica originária interna do Estado hipotético. A solução passaria por pressões políticas, diplomáticas ou econômicas no sentido de se alterar o texto constitucional ou de, pelo menos, evitar que a prática fosse efetivamente adotada.

Trata-se de uma questão bastante sensível e polêmica. Aqueles inseridos na cultura europeia, que já conta com o respeito aos direitos humanos consagrado de forma mais consistente historicamente, tenderão a achar legítima a tentativa de imposição política (sem uso da força), que, em última análise, se trata de imposição cultural. É a linha de pensamento com a qual se alinha este autor.

No entanto, é preciso ter moderação e respeitar valores diferentes em sociedades que tiveram um avanço histórico diferente. O principal problema é definir o limite tênue que separa a zona de certeza da zona cinzenta na qual se avalia um suposto desrespeito aos tais limites ao poder constituinte, que, por si só, já se encontram em uma zona cinzenta na dogmática constitucional.

O caso da Constituição húngara de 2011, que não teria respeitado valores basilares da democracia e do Estado de Direito, ilustra essa tensão entre soberania do poder constituinte e a existência de valores éticos superiores.

Apesar de não existir uma violação clara e direta a valores consagrados, adotaram-se diversas providências que, apenas no conjunto, permitem caracterizar o regime político como violador de valores democráticos consolidados historicamente.

As instituições políticas externas têm buscado pressionar o governo húngaro por maior respeito às regras democráticas, com destaque para o Conselho Europeu, por intermédio da Comissão de Veneza, bem como para a União Europeia e seus Estados-membros. Todavia, a pressão que se faz é política.

Neste caso, é preciso considerar que a Constituição reflete um processo histórico que costuma respeitar a identidade constitucional do Estado. Ainda, os Estados pertencentes ao antigo bloco comunista têm um passado recente mais ligado ao autoritarismo do que ao constitucionalismo democrático liberal. Assim, embora se tenha considerado que o constitucionalismo democrático liberal seja uma escolha mais adequada, advogou-se a necessidade de ter moderação e respeitar valores distintos em sociedades que tiveram um avanço histórico diferente. Sustentou-se ser preciso aceitar, inclusive, aquelas que se pretendam autodefinir como iliberais, a exemplo da Hungria.

REFERÊNCIAS

Bibliografia

ACKERMAN, Bruce. *We the people: transformations*. V. 2. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2001.

ALEXANDRINO, José Melo. *Lições de Direito Constitucional*. 3. ed. V. 1. Lisboa: AAFDL, 2017.

ALSTON, Philip; GOODMAN, Ryan; STEINER, Henry (Org.). *International Human Rights in Context: law, politics, morals*. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2008.

ARNAIZ, Alejandro Saiz; LLIVINA, Carina Alcoberro (Org.). *National constitutional identity and European integration*. Cambridge: Intersentia, 2013.

BALAGUER CALLEJÓN, Francisco. Las dos grandes crisis del constitucionalismo frente a la globalización en el Siglo XXI. *Revista de derecho constitucional europeo*, n. 30, jul./dez. 2018. Disponível em: <<https://www.ugr.es/~redce/REDCE30/ReDCEsumario30.htm>>. Acesso em: 31 mar. 2020.

BARRETO, Ireneu Cabral. *A Convenção europeia dos direitos do homem: anotada*. 5. ed. rev. e atual. Coimbra: Almedina, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo [livro digital]*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

_____. Democracias iliberais y derechos humanos: el papel de los Tribunales internacionales. In: *50 Aniversario de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Barcelona: Universidad Pompeu Fabra, 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2019/11/8ED8C780AE0BF3_DemocraciasIliberais,DireitosH.pdf>. Acesso em: 21 nov. 2019.

BASTOS, Fernando Loureiro. Algumas notas sobre globalização e extraterritorialidade. In: PINTO, Eduardo Vera-Cruz; SOUSA, Marcelo Rebelo de (Org.). *Liber Amicorum Fausto de Quadros*. V. 1. Coimbra: Almedina, 2016, p. 437-453.

BECK, Ulrich. *O que é globalização? Equívocos do globalismo, respostas à globalização*. Tradução André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. Tradução Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 2000.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Tradução João Ferreira (Coord.). 11. ed. V. 1. Brasília: Universidade de Brasília, 1998.

BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. Tradução Rafael de Agapito Serrano. Madri: Trotta, 2000.

BOGDANDY, Armin von; SONNEVEND, Pal (Org.). *Constitutional crisis in the European constitutional area: theory, law and politics in Hungary and Romania*. Oxford: Hart, 2015.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BOTELHO, Catarina Santos. Aspirações constitucionais e força normativa da Constituição: *Requiem* pelo “Conceito Ocidental de Constituição”? In: *Jornadas nos 40 Anos da Constituição da República Portuguesa*. Porto: Universidade Católica, 2017, p. 19-52. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2913580>>. Acesso em: 11 dez. 2019.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional* [livro digital]. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

BRANDÃO, Rodrigo. *Direitos fundamentais, cláusulas pétreas e democracia*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

_____. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

BRITO, Miguel Nogueira de. A atual ordem constitucional: prolegómenos a uma distopia fundamental. In: *Estudos dedicados ao Professor Doutor Bernardo da Gama Lobo Xavier*. V. 2. Lisboa: Universidade Católica, 2015, p. 603-629.

_____. *A Constituição constituinte: ensaio sobre o poder de revisão da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 2000.

_____. *As andanças de Cândido: introdução ao pensamento político do século XX*. Lisboa: Edições 70, 2009.

_____. *Lições de introdução à Teoria da Constituição*. 2. ed. Lisboa: AAFDL, 2017.

_____. O admirável novo constitucionalismo da sociedade de risco. In: GOMES, Carla Amado; TERRINHA, Luis Heleno (Coord.). *In memoriam Ulrich Beck*. Lisboa: ICJP, 2016, p. 54-76. Disponível em: <<https://www.icjp.pt/publicacoes/pub/1/8611/view>>. Acesso em: 14 nov. 2019.

BUI, Ngoc Son. Globalization of Constitutional Identity. *Washington International Law Journal*, v. 26, n. 3, p. 463-533, jun. 2017. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3009041>>. Acesso em: 16 mar. 2020.

BULOS, Uadi Lamêgo. Da reforma à mutação constitucional. *Revista de informação legislativa*, Brasília, v. 33, n. 129, p. 25-43, jan./mar. 1996.

CARUSO, Raul. The impact of international economic sanctions on trade: an empirical analysis. In: *Peace Economics, Peace Science and Public Policy*, v. 9, n. 2, abr. 2003.

CHESNAIS, François. *A mundialização do capital*. Tradução: Silvana Finzi Foá. São Paulo: Xamã, 1996.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

COUTINHO, Luís Pereira. *A autoridade moral da Constituição: da fundamentação da validade do direito constitucional*. Coimbra: Coimbra, 2009.

_____. *A realidade internacional: introdução à teoria das relações internacionais*. 2. ed. Lisboa: AAFDL, 2017.

_____. *Teoria dos regimes políticos: lições de ciência política*. Lisboa: AAFDL, 2013.

CRUZ, José Nunes. A dimensão e a qualidade da intervenção do Estado em países democráticos desenvolvidos. *Boletim de Ciências Econômicas*, Coimbra, v. 61, p. 207-290, 2018.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 13. ed., rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2019.

DOOD, W. F., Amending the federal constitution. *Yale Law Journal*, v. 30, n. 4, p. 321-354, fev. 2021. Disponível em: <<https://digitalcommons.law.yale.edu/ylj/vol30/iss4/1>>. Acesso em: 23 mar. 2020.

DUBROVSKIY, Vladimir; LOUGH, John. *Are Ukraine's Anti-corruption Reforms Working?* Londres: Chatham House, 2018. Disponível em: <<https://www.chathamhouse.org/publication/are-ukraines-anti-corruption-reforms-working>>. Acesso em: 5 mar. 2020.

FABBRINI, Federico. *Fundamental rights in Europe: challenges and transformations in comparative perspective*. Oxford: Oxford University Press, 2014.

FARIA, José Eduardo Campos de Oliveira. Direitos humanos e globalização econômica: notas para uma discussão. *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 11, n. 30, p. 43-53, ago. 1997.

_____. Reforma constitucional em período de globalização econômica. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 90, p. 253-265, jan. 1995.

FELLET, André; NOVELINO, Marcelo (Org.). *Constitucionalismo e democracia*. Salvador: JusPodivm, 2013.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 12. ed., rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2020.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais* [livro digital]. 2. ed. Osasco: Edifício, 2015.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Alteração e mudança da constituição, o caso brasileiro. *Revista da Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, v. 3, n. 1, p. 65-80, jan./dez. 2012.

_____. Implicações constitucionais da integração internacional e comunitária. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Lisboa, v. 41, n. 2, p.611-618, 2000.

FURCERI, Davide; LOUNGANI, Prakash; OSTRY, Jonathan D. Neoliberalism: Oversold? In: *International Monetary Fund, Finance & Development*, Washington, v. 53, n. 2, jun. 2016. Disponível em: <<https://www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/2016/06/ostry.htm>>. Acesso em: 21 nov. 2019.

GERARDS, Janneke. The irrelevance of the Netherlands Constitution, and the impossibility of changing it. *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, Bruxelas, v. 77, n. 2, p. 207-233, 2016. Disponível em: <<https://www.cairn.info/revue-interdisciplinaire-d-etudes-juridiques.htm>>. Acesso em: 2 abr. 2020.

GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. Tradução Raul Fiker. São Paulo: UNESP, 1991.

_____. *O mundo na era da globalização*. Tradução Saul Barata. 8. ed. Lisboa: Presença, 2012.

_____. *The third way: the renewal of social democracy*. Cambridge: Polity Press, 2008.

GOMES CANOTILHO, Joaquim José. *Brançosos e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*. 2. ed., 2. reimp. Coimbra: Almedina, 2017.

_____. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed., 12. reimp. Coimbra: Almedina, 2003.

GOMES CANOTILHO, Joaquim José; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada: artigos 1º a 107º*. 4. ed., rev. V. 1. Coimbra: Coimbra, 2007.

GONÇALVES, Reinaldo. *O nó econômico*. Rio de Janeiro: Record, 2003.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. *Manual de Direito Constitucional: teoria do Direito Constitucional*. 6. ed. V. 1. Coimbra: Almedina, 2016.

GREER, Steven. Is the prohibition against torture, cruel, inhuman and degrading treatment really absolute in International Human Rights Law? *Human Rights Law Review*, v. 15, n. 1, p. 101-137, mar. 2015.

GRIMM, Dieter. The achievement of constitutionalism and its prospects in a changed world. In: DOBNER, Petra; LOUGHLIN, Martin (Org.). *The Twilight of Constitutionalism?* New York: Oxford University Press, 2010, p. 3-22.

HALMAI, Gábor. Iliberal Constitutionalism? The Hungarian Constitution in a European Perspective. In: KADELBACH, Stefan (Org.). *Verfassungskrisen in der EU*. Baden-Baden: Nomos, 2018, p. 84-103.

_____. Religion and Constitutionalism. In: *MTA Law Working Papers*, mai. 2015. Disponível em: <http://jog.tk.mta.hu/uploads/files/mtalwp/2015_05_%20Halmai.pdf>. Acesso em: 6 mai. 2019.

_____. The application of European constitutional values in EU member states. In: *European Journal of Law Reform*, 2018, issue 2-3, p. 10-34. Disponível em: <https://www.elevenjournals.com/tijdschrift/ejlr/2018/2-3/EJLR_1387-2370_2018_020_002_002>. Acesso em: 6 mai. 2019.

HARRIS, Pamela; THOMPSON, Karl; TRIBE, Laurence (Org.). *It is a constitution we are expounding: collected writings on interpreting our founding document*. Washington: American Constitution Society for Law and Policy, 2009.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

HOMEM, Filipa Aragão. *O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos e o sistema de protecção de direitos fundamentais nacional: estudo sobre a aplicação do princípio da subsidiariedade no caso português*. Coimbra: Almedina, 2019.

JACOBSON, Gary Jeffrey. *Constitutional identity*. Cambridge: Harvard University Press, 2010.

KANARBIK, Daniel. *Ukraine towards a rule of law: the European Union's contribution to the anti-corruption campaign in Ukraine*. 2019. 49 p. Trabalho monográfico (Graduação). Malmö Universitet, Malmö, 2019. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/2043/29112>>. Acesso em: 5 mar. 2020.

KUMM, Mattias. The Best of Times and the Worst of Times: Between Constitutional Triumphalism and Nostalgia. In: DOBNER, Petra; LOUGHLIN, Martin (Org.). *The Twilight of Constitutionalism?* New York: Oxford University Press, 2010, p. 201-219.

_____. The cosmopolitan turn in constitutionalism: on the relationship between constitutionalism in and beyond the State. In: DUNOFF, Jeffrey L.; TRACHTMAN, Joel P. (Org.). *Ruling the World? Constitutionalism, International Law, and Global Governance*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009, p. 258-325.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado* [livro digital]. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

LIMA, Abili Lázaro Castro de. A globalização econômica e a dissipação dos direitos sociais. In: *A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, ano 6, n. 26, p. 37-58, out./dez. 2006.

LOUREIRO, João Carlos. *Adeus ao estado social? A segurança social entre o crocodilo da economia e a medusa da ideologia dos "direitos adquiridos"*. Coimbra: Wolters Kluwer, 2010.

MAMLYUK, Boris. The Ukraine crisis, cold war II, and international law. *German Law Journal*, v. 16, n. 3, p. 479-522, jul. 2015. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2627417>>. Acesso em: 5 mar. 2020.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2019.

MARRECO, Juliana. Sanções econômicas internacionais: conceitos, aplicabilidade e extensão global. In: *Revista Electrónica de Direito*, v. 16, n. 2, jun. 2018. Disponível em: <<https://www.cije.up.pt/content/sanções-econômicas-internacionais-conceitos-aplicabilidade-e-extensão-global>>. Acesso em: 5 mai. 2019.

MARTI, José Luis. Two Different Ideas of Constitutional identity: identity of the Constitution v. identity of the people. In: ARNAIZ, Alejandro Saiz; LLIVINA, Carina Alcoberro (Org.). *National constitutional identity and European integration*. Cambridge: Intersentia, 2013, p. 17-36.

MARTINS, Ana Maria Guerra. *Manual de Direito da União Europeia*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2017.

_____. Tribunais Constitucionais, Tribunais Europeus e Direitos Fundamentais: do monólogo cauteloso ao diálogo construtivo. In: AMARAL, Maria Lúcia (Org.). *Estudos em homenagem ao Conselheiro Presidente Moura Ramos*. V. 1. Coimbra: Almedina, 2016, p. 599-635.

MARTINS, Ana Maria Guerra; ROQUE, Miguel Prata. A tutela multinível dos direitos fundamentais: a posição do Tribunal Constitucional Português. *Revista da ESMAPE*, Recife, v. 19; n. 40, p. 35- 80, jul./dez. 2014.

_____. Judicial Dialogue in a Multilevel Constitutional Network: the role of the Portuguese Constitutional Court. In: ANDENAS, Mads; FAIRGRIEVE, Duncan. *Courts and Comparative Law*. Oxford: Oxford University Press, 2015.

MEDEIROS, Rui. *A Constituição portuguesa num contexto global*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015.

MEDEIROS, Rui; MIRANDA, Jorge. *Constituição Portuguesa anotada: artigos 1º a 79*. 2. ed., rev. V. 1. Lisboa: Universidade Católica, 2017.

MELO, Lucas Fonseca e. *Os limites dos processos informais de alteração da Constituição*. 2019. 403 p. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de Lisboa, Lisboa, 2019. Disponível em: <<https://repositorio.ul.pt/handle/10451/39139>>. Acesso em: 11 fev. 2020.

MIRANDA, Jorge. Democracia e Constituição para lá do Estado. In: BRITO, Wladimir et al. (Coord.). *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Heinrich Ewald Hörster*. Coimbra: Almedina, 2012a, p. 959-972.

_____. Justiça constitucional e democracia. In: FELLET, André; NOVELINO, Marcelo (Org.). *Constitucionalismo e democracia*. Salvador: JusPodivm, 2013a, p. 107-123.

_____. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo I, 1, 10. ed., rev., atual. Coimbra: Coimbra, 2014a.

_____. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo I, 2, 10. ed., rev., atual. Coimbra: Coimbra, 2014b.

_____. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo II, 7. ed. Coimbra: Coimbra, 2013b.

_____. Os novos paradigmas do estado social. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Porto, ano 9, p. 181-197, 2012b.

MORAIS, Carlos Blanco de. As mutações constitucionais de fonte jurisprudencial: a fronteira crítica entre a interpretação e a mutação. In: MENDES, Gilmar Ferreira; MORAIS, Carlos Blanco de (Org.). *Mutações constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 2016a.

_____. As mutações constitucionais implícitas e os seus limites jurídicos: autópsia de um acórdão controverso. *Jurismat*, Portimão, n. 3, p. 55-90, 2013.

_____. *Curso de Direito Constitucional: Teoria da Constituição*. Tomo II. Coimbra: Coimbra, 2018.

_____. *Justiça Constitucional: o direito do contencioso constitucional*. 2. ed., tomo II. Coimbra: Coimbra, 2011.

_____. O fenômeno da supranacionalidade e das mutações genéticas da natureza do Estado e da Constituição. In: MENDES, Gilmar Ferreira; MORAIS, Carlos Blanco de (Org.). *III Seminário Luso-Brasileiro de Direito Constitucional: Estado de Direito, direitos fundamentais e combate à corrupção na interface Portugal-Brasil*. Brasília: IDP, 2016b, p. 160-171. Disponível em: <<http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/handle/123456789/1994>>. Acesso em: 7 nov. 2019.

_____. *O sistema político: no contexto da erosão da democracia representativa*. Coimbra: Almedina, 2017.

MORAIS, Jose Luís Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz. *Ciência Política & Teoria do Estado*. 8. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

NABAIS, José Casalta; SILVA, Suzana Tavares da. O Estado pós-moderno e a figura dos tributos. In: ARAÚJO, Fernando; GAMA, João Taborda da; OTERO, Paulo (Org.). *Estudos em memória do Prof. Doutor J. L. Saldanha Sanches*. Coimbra: Coimbra, 2011, p. 263-303.

NEVES, Marcelo. Do diálogo entre as cortes supremas e a corte internacional de direitos humanos ao transconstitucionalismo na América Latina. *Revista de informação legislativa*, Brasília, v. 51, n. 201, p. 193-214, jan./mar. 2014.

_____. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para um Teoria do Estado de Direito*. Coimbra: Almedina, 2006.

_____. *Teoria das formas políticas e dos sistemas de governo*. Lisboa: AAFDL, 2017.

NUNES, António José Avelãs. A globalização neoliberal: a mundialização do mercado de trabalho. Os problemas políticos do pleno emprego. *Boletim de Ciências Económicas*, Coimbra, v. 61, p. 9-31, 2018.

_____. Neoliberalismo, capitalismo e democracia. *Boletim de ciências económicas*, Coimbra, v. 46, p. 9-66, 2003. Disponível em: <<https://digitalis-dsp.uc.pt/jspui/handle/10316.2/24862>>. Acesso em: 31 mar. 2019.

OLIVEIRA FILHO, Luiz Chrysostomo de. *Etapas da desestatização no Brasil: 30 anos de história*. Disponível em: <<http://iepecdg.com.br/>>. Acesso em: 6 mai. 2020.

OTERO, Paulo. Coordenadas jurídicas da privatização da Administração Pública. In: IV colóquio Luso-Espanhol de direito administrativo. *Os caminhos da privatização da Administração Pública*. Coimbra: Coimbra, 2001, p. 31-57.

_____. *Direito Constitucional português: identidade constitucional*. V. I. Coimbra: Almedina, 2010a.

_____. *Direito Constitucional português: organização do poder político*. V. II. Coimbra: Almedina, 2010b.

PEDRA, Adriano Sant'Ana. *Mutação constitucional: interpretação evolutiva da Constituição na democracia constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

PÉREZ, Aida Torres. Melloni in three acts: from dialogue to monologue. *European Constitutional Law Review*, v. 10; n. 2, p. 308-331, 2014.

PERNICE, Ingolf. Constitutional Law Implications for a State Participating in a Process of Regional Integration: German Constitution and „Multilevel Constitutionalism“. In: RIEDEL, Eibe. *German Reports on Public Law*. Baden-Baden: Nomos, 1998, p. 40-66.

PINKER, Steven. *Enlightenment now: the case for reason, science, humanism and progress*. New York: Penguin Books, 2019.

PINTO, Luzia Marques da Silva Cabral. *Os limites do poder constituinte e a legitimidade material da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 1994.

PINTO JUNIOR, Mario Engler. *O Estado como acionista controlador*. 2009. 516 p. Tese (Doutorado em Direito Comercial). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <<https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-17112011-111844/pt-br.php>>. Acesso em: 8 mai. 2020.

POLZIN, Monika. Constitutional identity, unconstitutional amendments and the idea of constituent power: the development of the doctrine of constitutional identity in German constitutional law. *International Journal of Constitutional Law*, v. 14, n. 2, p. 411-438, abr. 2016. Disponível em: <<https://academic.oup.com/icon/article/14/2/411/2526810>>. Acesso em: 16 mar. 2020.

PROTSYK, Oleh. Ukraine. In: BERGLUND, Sten et al (Org.). *The handbook of political change in Eastern Europe*. 3. ed. Cheltenham: Edward Elgar, 2013, p. 691-732.

QUADROS, Fausto de. *Direito da União Europeia: Direito Constitucional e Administrativo da União Europeia*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2013.

QUEIROZ, Cristina. *Direito Constitucional internacional*. Lisboa: Petrony, 2016.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos* [livro digital]. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

RAY, Clyde. John Marshall's Constitutionalism. New York: State University of New York Press, 2019.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

RIBEIRO, Gonçalo de Almeida. O problema da tutela constitucional das gerações futuras. In: RIBEIRO, Gonçalo de Almeida; SILVA, Jorge Pereira da (Coords.). *Justiça entre gerações: perspectivas interdisciplinares*. Lisboa: Universidade Católica, 2017, p. 138-160.

RINCEANU, Johanna. Judicial dialogue between the European Court of Human Rights and national supreme courts. In: BILLIS, Emmanouil; Papadimitrakopoulos, George; Spinellis, C.D.; Theodorakis, Nikolaos. *Europe in Crisis: crime, criminal justice, and the way forward*. Essays in honour of Nestor Courakis. Atenas: Ant. N. Sakkoulas, 2017, p. 1029-1041.

ROSENFELD, Michel. Constitutional identity. In: ROSENFELD, Michel; SAJÓ, András (Org.). *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. New York: Oxford University Press, 2012, p. 756-776.

_____. *The identity of the constitutional subject: selfhood, citizenship, culture, and community*. Londres: Routledge, 2010.

ROZNAI, Yaniv. *Unconstitutional constitutional amendments: the limits of amendment powers*. Oxford: Oxford University Press, 2019.

SACCHETTO, Thiago Coelho. As mutações constitucionais no contexto brasileiro de crise da representação democrática. *E-Pública*, Lisboa, v. 2, n. 1, p. 123-140, jan. 2015.

SÁEZ, Macarena (Org.). *Same sex couples: comparative insights on marriage and cohabitation*. Dordrecht: Springer, 2015.

SAMPAIO, José Adércio Leite. As sentenças intermediárias de constitucionalidade e o mito do legislador negativo. In: CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). *Hermenêutica e jurisdição Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 159-194.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Os processos da globalização. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). *A Globalização e as ciências sociais*. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2002, p. 25-102.

_____. *Toward a new common sense: law, science and politics in the paradigmatic transition*. Nova Iorque: Routledge, 1995.

SANTOS, Duarte. *Mudam-se os tempos, mudam-se os casamentos? O casamento entre pessoas do mesmo sexo e o direito português*. Coimbra: Coimbra, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais, democracia e “cláusulas pétreas” na Constituição Federal de 1988. In: FELLET, André; NOVELINO, Marcelo (Org.). *Constitucionalismo e democracia*. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 33-70.

_____. O constitucionalismo brasileiro em perspectiva histórico-evolutiva. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 239-261.

_____. Teoria geral dos direitos fundamentais. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 307-409.

SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

_____. *Direitos fundamentais e relações privadas* [livro digital]. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. Direitos sociais e globalização: limites ético-jurídicos ao realinhamento constitucional. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 223, p. 153-168, jan. 2001.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed., 3. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

SCHMITT, Carl. *Constitutional theory*. Tradução Jeffrey Seitzer. Durham: Duke University Press, 2008.

_____. *O guardião da Constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2014.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 42. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2019.

SILVA, Virgílio Afonso da. Integração e diálogo constitucional na América do Sul. In: ANTONIAZZI, Mariela Morales; BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia (Orgs.). *Direitos humanos, democracia e integração jurídica na América do Sul*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 515-530.

SOUZA, Jefferson Lima de. *A teoria do pré-compromisso constitucional: análise crítica quanto à legitimidade da imposição de restrições constitucionais ao legislador*. Relatório de mestrado, Justiça Constitucional, Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, 2018.

_____. O diálogo entre o Tribunal Constitucional Português e o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e seu impacto na proteção dos direitos fundamentais. In: MARTINS, Ana Maria Guerra (Coord.). *A proteção multinível dos direitos fundamentais: estudo sobre diálogo judicial*. Lisboa: AAFDL, 2019, p. 11-54.

STRAUSS, David. *The living Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 2010.

URBANO, Maria Benedita. *Curso de Justiça Constitucional: evolução histórica e modelos de controle de constitucionalidade*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2016.

URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. Mutación constitucional y fuerza normativa de la Constitución. *Revista española de derecho constitucional*, Madrid, n. 58, p. 105-135, jan./abr. 2000.

VERDU, Pablo Lucas. *El Sentimiento Constitucional*. Madrid: Reus, 1985.

VIEIRA, Oscar Vilhena. A globalização e o Direito: realinhamento constitucional. In: SUNDFELD, Carlos Ari; VIEIRA, Oscar Vilhena (Coord.). *Direito Global*. São Paulo, Max Limonad, 1999, p. 15-48.

WILLIAMSON, John (Org.). *Latin American adjustment: how much has happened?* Washington D.C.: Institute for International Economics, 1990.

Internet

BBC. *Como política ambiental de Bolsonaro afetou imagem do Brasil em 2019 e quais as consequências disso*. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-50851921>>. Acesso em: 21 mai. 2020.

BNDES. *Desestatização*. Disponível em: <<https://www.bndes.gov.br/wps/portal/site/home/transparencia/desestatizacao>>. Acesso em: 11 mai. 2020.

CARTA CAPITAL. *As 26 principais violações ao meio ambiente feitas por Jair Bolsonaro*. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/blogs/brasil-debate/as-26-principais-violacoes-ao-meio-ambiente-feitas-por-jair-bolsonaro/>>. Acesso em: 21 mai. 2020.

CMS. *Amendments to the Constitution of Ukraine passed: Ukraine takes a major step towards a European System of Justice*. Disponível em: <<https://www.cms-lawnow.com/ealerts/2016/06/amendments-to-the-constitution-of-ukraine-passed-ukraine-takes-a-major-step-towards-a-european-system-of-justice>>. Acesso em: 5 mar. 2020.

CNBC. *Ukraine passes crucial vote to unlock financial lifeline, but the IMF has yet to approve it*. Disponível em: <<https://www.cnn.com/2018/06/07/ukraine-passes-crucial-vote-to-unlock-imf-financial-lifeline.html>>. Acesso em: 5 mar. 2020.

_____. *Ukraine rows back on anti-corruption law putting IMF aid in jeopardy*. Disponível em: <<https://www.cnn.com/2019/03/01/ukraine-rows-back-anti-corruption-law-imf-aid-in-jeopardy.html>>. Acesso em: 5 mar. 2020.

CNN. *\$1.3 trillion and 7,000 finance jobs are leaving Britain because of Brexit*. Disponível em: <<https://edition.cnn.com/2019/03/20/business/brexit-economy-bank-assets/index.html>>. Acesso em: 30 abr. 2019.

COMISSÃO DE VENEZA. *Hungary: "Stop Soros" provision on illegal migration should be repealed*. Disponível em: <<https://www.venice.coe.int/webforms/events/?id=2596>>. Acesso em: 29 abr. 2019.

_____. *Opinion n. 339/2005: opinion on the amendments to the Constitution of Ukraine adopted on 8.12.2004*. Disponível em: <[https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2005\)015-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2005)015-e)>. Acesso em: 5 mar. 2020.

_____. *Opinion n. 621/2011: Opinion on the new Constitution of Hungary*. Disponível em: <<https://www.venice.coe.int/webforms/events/?id=1326>>. Acesso em: 29 abr. 2019.

_____. *Opinion n. 599/2010: opinion on the constitutional situation in Ukraine*. Disponível em: <[https://www.venice.coe.int/WebForms/documents/?pdf=CDL-AD\(2010\)044-e](https://www.venice.coe.int/WebForms/documents/?pdf=CDL-AD(2010)044-e)>. Acesso em: 5 mar. 2020.

CONSELHO DA EUROPA. *Chart of signatures and ratifications of Treaty 214: Protocol No. 16 to the Convention for the protection of human rights and fundamental freedoms*. Disponível em: <<https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/214>>. Acesso em: 1º jul. 2020.

_____. *Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. Advisory opinions*. Disponível em: <<https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=opinions&c=>>>. Acesso em: 1º jul. 2020.

CONSTITUTE PROJECT. *Constitute project*. Disponível em: <<https://www.constituteproject.org/>>. Acesso em: 3 jun. 2019.

DEMOCRACY REPORTING INTERNATIONAL. *A new constitution for Ukraine?* Disponível em: <<https://democracy-reporting.org/a-new-constitution-for-ukraine-briefing-paper/>>. Acesso em: 5 mar. 2020.

HUMAN RIGHTS WATCH. *Brasil: multas na Amazônia paralisadas desde outubro*. Disponível em: <<https://www.hrw.org/pt/news/2020/05/20/342133>>. Acesso em: 21 mai. 2020.

_____. *World Report 2019*, p. 230-233. Disponível em: <https://www.hrw.org/sites/default/files/world_report_download/hrw_world_report_2019.pdf>. Acesso em: 29 abr. 2019.

JN. *Casamento homossexual "é inconstitucional", reitera Jorge Miranda*. Disponível em: <<https://www.jn.pt/nacional/casamento-homossexual-e-inconstitucional-reitera-jorge-miranda-1520635.html>>. Acesso em: 8 abr. 2020.

NOBLES. *Legal Alert: Constitutional Judicial Reform in Ukraine*. Disponível em: <<https://www.nobles-law.com/single-post/2016/06/07/Legal-Alert-Constitutional-judicial-reform-in-ukraine>>. Acesso em: 5 mar. 2020.

RFE/RL. *Ukrainian Parliament passes constitutional amendment to reflect EU, NATO aspirations*. Disponível em: <<https://www.rferl.org/a/ukraine-parliament-passes-constitutional-amendment-to-reflect-eu-nato-aspirations/29756695.html>>. Acesso em: 5 mar. 2020.

THE GUARDIAN. *Ukraine's revolution and Russia's occupation of Crimea: how we got here*. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/world/2014/mar/05/ukraine-russia-explainer>>. Acesso em: 5 mar. 2020.

TRANSPARENCY INTERNATIONAL. *Constitutional Court ruling undermines anti-corruption achievements in ukra*. Disponível em: <https://www.transparency.org/news/pressrelease/constitutional_court_ruling_undermines_anti_corruption_achievements_in_ukra>. Acesso em: 5 mar. 2020.

TRANSPARENCY INTERNATIONAL UKRAINE. *High Anti-Corruption Court comes into operation*. Disponível em: <<https://ti-ukraine.org/en/news/high-anti-corruption-court-comes-into-operation/>>. Acesso em: 5 mar. 2020.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. *Annual report 2019: judicial activity*. Disponível em: <https://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7000/>. Acesso em: 2 jul. 2020.

_____. Parlamento Europeu. *Rule of law in Hungary: Parliament calls on the EU to act*. Disponível em: <<http://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20180906IPR12104/rule-of-law-in-hungary-parliament-calls-on-the-eu-to-act>>. Acesso em: 24 abr. 2019.

Jurisprudência

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF n. 132*. Ministro: Ayres Britto, julgado em 5/5/2011, publicado em 14/10/2011. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=628633>>. Acesso em: 10 abr. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Enunciado n. 25 da Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal*. Aprovado em 16/12/2009. Publicado em 23/12/2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante>>. Acesso em: 13 mar. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Enunciado n. 619 da Súmula do Supremo Tribunal Federal*. Aprovado em 17/10/1984. Publicado em 29/10/1984. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula>>. Acesso em: 13 mar. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE n. 330.817*. Ministro: Dias Toffoli, julgado em 8/3/2017, publicado em 31/8/2017. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13501630>>. Acesso em: 27 abr. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE n. 466.343*. Ministro: Cezar Peluso, julgado em 3/12/2008, publicado em 5/6/2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>>. Acesso em: 27 abr. 2020.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. *Acórdão n. 121/2010*. Conselheiro Vítor Gomes, julgado em 8/4/2010. Disponível em: <<https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20100121.html>>. Acesso em: 7 abr. 2020.

_____. Tribunal Constitucional. *Acórdão n. 359/2009*. Conselheiro Carlos Pamplona de Oliveira, julgado em 9/7/2009. Disponível em: <<https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20090359.html>>. Acesso em: 7 abr. 2020.

UCRÂNIA. Corte Constitucional. *Decisão n.º 1-r/2019*. Juiz-Relator: Viktor Kolisnyk. Disponível em: <http://www.ccu.gov.ua/sites/default/files/docs/1_r_2019_0.doc>. Acesso em: 5 mar. 2020.

Legislação

ALEMANHA. *Basic Law*. Disponível em: <<https://www.bundesregierung.de/breg-en/chancellor/basic-law-470510>>. Acesso em: 16 mar. 2020.

BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 13 mar. 2020.

_____. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº 175 de 14/05/2013*. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/1754>>. Acesso em: 10 abr. 2020.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 13 mar. 2020.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil. Publicação original*. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1988/constituicao-1988-5-outubro-1988-322142-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 13 mar. 2020.

_____. *Lei n. 8.031, de 12 de abril de 1990*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8031.htm>. Acesso em: 13 mar. 2020.

_____. *Lei n. 9.472, de 16 de julho de 1997*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19472.htm>. Acesso em: 13 mar. 2020.

_____. *Lei n. 9.491, de 9 de setembro de 1997*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19491.htm>. Acesso em: 13 mar. 2020.

_____. *Medida Provisória n. 155, de 15 de março de 1990*. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/medpro/1990/medidaprovisoria-155-15-marco-1990-370449-norma-pe.html>>. Acesso em: 13 mar. 2020.

_____. *Projeto de Lei do Senado n. 179, de 1990 – Lei de Concessões*. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/29077>>. Acesso em: 10 abr. 2020.

_____. *Projeto de Lei do Senado n. 612, de 2011 - Casamento homoafetivo*. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/102589>>. Acesso em: 10 abr. 2020.

CONSELHO DA EUROPA. *Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais*. Disponível em: <https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>. Acesso em: 24 abr. 2019.

ESPANHA. *Constituição Espanhola*. Disponível em: <<https://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/normativa/Paginas/Default.aspx>>. Acesso em: 1º jul. 2020.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Constitution of the United States*. Disponível em: <https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm>. Acesso em: 20 mar. 2020.

HUNGRIA. *Fundamental Law*. Disponível em: <<https://hunconcourt.hu/fundamental-law>>. Acesso em: 6 mai. 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Universal Declaration of Human Rights*. Disponível em: <<https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>>. Acesso em: 7 abr. 2020.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Convention concerning Indigenous and Tribal Peoples in Independent Countries*. Disponível em: <https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C169>. Acesso em: 15 jun. 2019.

PORTUGAL. *Código Civil*. Disponível em: <<https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/34509075/view>>. Acesso em: 26 mar. 2020.

_____. *Constituição da República Portuguesa*. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/crp.html>>. Acesso em: 26 mar. 2020.

_____. *Constituição da República Portuguesa*. Texto originário da Constituição. Disponível em: <<https://www.parlamento.pt/Parlamento/Documents/CRP1976.pdf>>. Acesso em: 23 abr. 2020.

UCRÂNIA. *Constitution of Ukraine*. Disponível em: <<http://www.ccu.gov.ua/en/publikaciya/constitution-ukraine>>. Acesso em: 5 mar. 2020.

UNIÃO EUROPEIA. *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/AUTO/?uri=celex:12016P/TXT>>. Acesso em: 24 abr. 2019.